



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

TESIS DOCTORAL

Los nuevos retos del derecho de comunicación pública en el marco de las nuevas tecnologías

Autora: Dña. Rocío Camacho Sepúlveda

Directora: Dra. Dña. María Serrano Fernández

Sevilla, 2013

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO PRIMERO: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA.....	15
1. La época de los privilegios.....	17
2. La Ley sobre Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847.....	21
3. La Ley de 10 de enero de 1879 de Propiedad Intelectual.....	27
3.1 Consideraciones generales sobre la Ley de 1879.....	27
3.2 Primera manifestación del derecho de comunicación pública.....	37
3.3 Apuntes sobre la situación internacional contemporánea a la Ley de 1879.....	39
CAPÍTULO SEGUNDO: EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1987.....	44
1. Consideraciones generales.....	44
2. El derecho de comunicación pública: concepto y requisitos.....	51
3. Los actos de comunicación pública.....	64

CAPÍTULO TERCERO: LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 12 DE ABRIL DE 1996.....	76
1. Consideraciones generales.....	76
2. Jurisprudencia relativa al derecho de comunicación pública.....	80
3. Nuevos actos de comunicación pública: art. 20.2 del TRLPI de 1996.....	90
 CAPÍTULO CUARTO: EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO.....	 100
1. Introducción.....	100
2. El nuevo derecho de puesta a disposición. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos afines en la Sociedad de la Información 2001/29/CE.....	103
2.1 Consideraciones generales.....	103
2.2 El artículo 3 de la Directiva. El nuevo derecho de puesta a disposición.....	110
2.3 Configuración del derecho de puesta a disposición en la Directiva comunitaria.....	117
3. El derecho de puesta a disposición al público en la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.....	122
3.1 Consideraciones generales.....	122
3.2 Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.....	125
3.3 El derecho de puesta a disposición en el ordenamiento jurídico español.....	131
4. Modos de puesta a disposición del público de la obra o servicio.....	138
4.1 Introducción.....	138
4.2 La digitalización de la creación intelectual.....	140
4.3 <i>Peer to Peer (P2P)</i> , o “de igual a igual”.....	143

4.3.1 Consideraciones generales.....	144
4.3.2 La descarga (<i>download</i>) de obras en las redes <i>P2P</i>	149
4.3.3 La subida (<i>upload</i>) de obras en las redes <i>P2P</i>	159
a) La responsabilidad penal de los usuarios y prestadores de servicios en los actos de puesta a disposición del público de la obra en las redes <i>P2P</i>	161
b) La responsabilidad civil de los usuarios y prestadores de servicios en los actos de puesta a disposición del público de la obra en las redes <i>P2P</i>	164
4.3.4 Conclusiones.....	169
4.4 Los enlaces o <i>links</i>	171
4.4.1 Introducción.....	171
4.4.2 Clases de enlaces o <i>links</i>	173
4.4.3 Los enlazadores.....	176
4.4.4 Los enlaces o <i>links</i> como modo de puesta a disposición al público de la obra.....	180
4.5 El <i>streaming</i>	190
4.6 El <i>e-mailing</i> y otros modos de puesta a disposición al público.....	196

CAPÍTULO V: PROTECCIÓN AL MONOPOLIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR..... 201

1. Algunas consideraciones sobre el monopolio de los derechos de explotación.....	201
2. Tutela de los derechos de Propiedad Intelectual en la vía judicial.....	206
2.1 Tutela de los derechos de autor en la vía judicial civil.....	207
2.2 Tutela de los derechos de autor en la vía judicial penal.....	217
3. Disposición Final Cuadragésima Tercera de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, de 4 de marzo.....	226
3.1 Introducción.....	226
3.2 Las reformas de la <i>Ley Sinde</i>	228
3.3 La Sección Segunda.....	239

3.3.1 Composición de la Sección Segunda.....	239
3.3.2 La función de la Sección Segunda.....	240
3.3.3 El procedimiento para la salvaguarda de los derechos de autor.....	244
5 Nuevas reformas legislativas.....	253
5.1 Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.....	258
5.2 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	267
CONCLUSIONES	275
RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA	284
BIBLIOGRAFIA	288

ABREVIATURAS

AC:	Actualidad Civil
ACT:	Aranzadi Civil Tribuna
ADC:	Anuario de Derecho Civil
ADI:	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
AJA:	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJUM:	Actualidad Jurídica Uría Menéndez
ALAI:	Asociación Literaria y Artística Internacional
APD:	Actualidad y Práctica del Derecho
BACM:	Boletín Aranzadi Civil-Mercantil
BDA:	Boletín de Derecho de Autor
CCJC:	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CP:	Código Penal
DOCE:	Diario Oficial de la Comunidad Europea
FA:	Fundación Alternativas
IIPA:	Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual
IP:	Internet Protocol
ISP:	Proveedores de Servicios de Internet
LSSICE:	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. Ley 34/2002, de 11 de julio
NTPI:	Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual
OMPI:	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
P2P:	Peer to Peer
RACD:	Revista Aranzadi Civil Doctrinal
RADP:	Revista de Aranzadi de Derecho Patrimonial
RCDI:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCE:	Revista de la Contratación Electrónica
RDACM:	Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil

RDI:	Revista de Derecho Informático
RDNT:	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP:	Revista de Derecho Patrimonial
RDP _r :	Revista de Derecho Privado
RDV:	Revista Derecho VLEX
RGD:	Revista General de Derecho
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RICPC:	Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas
RIDP:	Revista de Internet, Derecho y Política
RJC:	Revista Jurídica de Cataluña
RPI:	Revista de Propiedad Intelectual
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SGAE:	Sociedad General de Autores y Editores
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TJCE:	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TRLPI:	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
URL:	Uniform Resource Locator

INTRODUCCION

El artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 declara que *La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.*

En consecuencia, por el mero hecho de la creación intelectual se le reconocen al autor de una obra dos categorías de derechos: los primeros, llamados derechos morales o personales están regulados en el art. 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, los cuales tienen un carácter irrenunciable e inalienable. Los segundos, contemplados en el art. 17 del mismo texto legal, son los derechos patrimoniales o de explotación que poseen una naturaleza transmisible *inter vivos y mortis causa*. De acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto los derechos de explotación que le corresponden al autor son los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Pero en dicha norma el legislador español no se limita a enumerar los derechos patrimoniales, sino que además afirma claramente que su ejercicio exclusivo le corresponde al autor, de forma que ninguna persona podrá realizar actos de explotación sin su consentimiento, salvo los casos previstos expresamente en la Ley.

El objeto del presente trabajo es el estudio de uno de los derechos patrimoniales enumerados en el art. 17 TRLPI: el derecho de comunicación

pública el cual es definido en el art. 20 de la Ley como *todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*. El párrafo segundo excluye del ámbito de aplicación de la norma aquellos actos celebrados *dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*.

En este contexto, el núcleo central de nuestra investigación se va a centrar en el llamado derecho de puesta a disposición que tras la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos afines en la Sociedad de la Información 2001/29/CE y la Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de transposición al ordenamiento español se configura como una nueva modalidad de comunicación pública. Sin embargo, con carácter previo parecía imprescindible realizar un breve recorrido histórico por el derecho de comunicación pública el cual, desde nuestro punto de vista, es probablemente el derecho patrimonial que más intensamente ha tenido que adaptarse a los cambios que ha ido experimentando la sociedad, lo que ha conllevado numerosas modificaciones del artículo 20 donde se encuentra regulado. Ello justifica que el Capítulo I de este trabajo se dedique a analizar la evolución de este derecho, a fin de poner de manifiesto esa capacidad de adaptación a las nuevas realidades surgidas como consecuencia de los avances tecnológicos que se han ido sucediendo en nuestro país.

En efecto, inicialmente el derecho de comunicación pública tenía como única manifestación las representaciones teatrales las cuales se caracterizaban, en primer lugar, porque la obra no se incorporaba a ningún soporte y, en segundo lugar, porque se daba una inmediatez entre la divulgación de la obra y su percepción por el público.

Sin embargo, los nuevos adelantos técnicos trajeron consigo, entre otros, la aparición de aparatos de reproducción, aparatos cinematográficos, fotocopadoras y emisoras sonoras. Adelantos que sin duda influyeron notablemente en la configuración de los derechos de propiedad intelectual.

Precisamente, con el desarrollo del cine asistimos a una importante transformación en relación con la forma en la que el espectador podía acceder a la obra intelectual; si bien seguía existiendo la nota de inmediatez entre la difusión de la obra y su percepción por el público, se incorporó en ese momento una nueva característica: la exigencia de que la obra se encontrara recogida en un soporte físico a partir del cual pudiera ser reproducida. De este modo, el concepto de comunicación pública se ve ampliado, posibilitando así la distinción entre actos de comunicación *directa* de la obra al público, caracterizados porque no se dispone de ejemplares de la creación; y actos de comunicación *indirecta* de la obra, en la cual ésta es previamente fijada en un soporte material. Ambas modalidades de comunicación pública están hoy contempladas en el art. 20 de la Ley.

Por ello, tras el Capítulo I dedicado a la evolución histórica, en los Capítulos II y III analizaremos el concepto de comunicación pública y su contenido, caracterizado por estar configurado por cuatro requisitos los cuales deben de cumplirse en cualquier caso; estos requisitos son: que el acto de comunicación pública debe ser *llevado a cabo por el propio autor*, o estar previamente *autorizado* por él; que la obra tenga como destinatario a una *pluralidad de personas*; la obra debe además ser *accesible* para esa pluralidad de personas; y que no exista *previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*.

El estudio del concepto y de los elementos que configuran este derecho se completará con el análisis de aquellos supuestos excluidos del ámbito de

aplicación del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual por decisión del legislador: aquellos actos de comunicación pública realizados en un *ámbito estrictamente doméstico* y que no estén *integrados o conectados a una red de difusión de cualquier clase*.

Respecto de dichos actos, sin duda el elemento que ha producido un mayor debate en nuestra doctrina y en los tribunales de justicia ha sido determinar qué debía entenderse por *ámbito estrictamente doméstico* y, más concretamente, si las habitaciones hoteleras en las cuales se difundían obras audiovisuales debían encuadrarse o no dentro de la expresión “*estrictamente doméstico*”. Como tendremos ocasión de analizar en este trabajo, a lo largo de más de diez años nuestro Tribunal Supremo ha cambiado hasta cuatro veces la interpretación de la norma, para finalmente llegar a la conclusión que la difusión de obras a través de los aparatos instalados en las habitaciones de hotel supone un acto de comunicación pública.

Como es sabido, en la actualidad las nuevas tecnologías han permitido acceder a la obra intelectual en cualquier momento y en cualquier lugar simplemente a través de un dispositivo que se encontrara conectado a la Red. En esta nueva época dominada por Internet, probablemente el dato más novedoso sea que esa facilidad para disponer de la obra en cualquier momento y en cualquier lugar afecta a distintas modalidades de creaciones: libros, películas, canciones, etc. Esta situación difiere significativamente de la que existía en la época anterior, donde para poder disfrutar de la obra era necesario disponer del soporte físico en el que se encontrara fijada la creación.

Este nuevo contexto, sin duda ha planteado *nuevos retos al legislador* pues ha supuesto la aparición de una serie de conductas que no se encontraban

contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. En el presente trabajo se analizarán dos de estos retos que configurarán respectivamente los dos grandes bloques en los que puede dividirse nuestra investigación.

El primero de estos retos ha sido tener que dar respuesta jurídica a este nuevo contexto caracterizado por la posibilidad de acceder a la obra en cualquier momento y en cualquier lugar. La respuesta de la Unión Europea ha sido la publicación de la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, en la cual como principal novedad se incluye en la enumeración del párrafo segundo del art. 20 un nuevo modo de comunicación pública, *el derecho de puesta a disposición*. Dicha norma se traspuso al ordenamiento español mediante la citada Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Como ya se ha apuntado, dedicaremos el Capítulo IV al estudio de este nuevo derecho analizando la Directiva comunitaria, así como su inclusión dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La fórmula elegida por el legislador español ha sido la creación de una nueva letra i) dentro del apartado 2 del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual el cual establece que constituye un acto de comunicación pública *la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*. Dicha opción, como tendremos ocasión de analizar, no ha estado exenta de debate en nuestra doctrina.

Los avances tecnológicos y el paso de la era analógica a la digital han supuesto muchas ventajas, pero sin duda también el desarrollo de conductas que constituyen una amenaza a los derechos de explotación de los autores o

cesionarios de los derechos de explotación. Efectivamente, como consecuencia de nuevas formas de comunicación interactivas que elimina la existencia de intermediarios, el público tiene la posibilidad de acceder e intercambiar obras intelectuales de forma rápida y sencilla, eludiendo en muchísimos casos el pago de los derechos de autor. En consecuencia e íntimamente ligado a la configuración del derecho de disposición como una modalidad del derecho de comunicación pública tanto el legislador comunitario como el español tenían ante sí un segundo reto: dar respuestas eficaces *que garantizaran la protección de los derechos de autor*.

En este contexto, en la segunda parte de este trabajo, y dentro del Capítulo IV, dedicamos un apartado a analizar las principales conductas que atentan gravemente contra el monopolio de los derechos patrimoniales del autor. Sin duda, dicho estudio sería incompleto si no se analizan al mismo tiempo las respuestas ofrecidas por el legislador a dichos comportamientos, las cuales tienen un denominador común: incrementar la protección de los derechos de autor.

En el Capítulo V abordaremos pues el estudio de dichas medidas que han actuado en dos planos diferentes. En primer lugar, se ha modificado la Ley de Propiedad Intelectual 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con la inclusión de nuevas acciones y procedimientos, estableciéndose además un conjunto de medidas tecnológicas y cautelares que pueden ser solicitadas por el titular de los derechos de autor.

El segundo conjunto de medidas adoptadas con el fin de proteger a los creadores de obras intelectuales están sistemáticamente situadas fuera del Texto Refundido la Ley de Propiedad Intelectual; concretamente en la Disposición

Adicional Cuadragésima Tercera de la Ley de Economía Sostenible, más conocida como *Ley Sinde*. En dicho texto se establece un procedimiento de naturaleza mixta, administrativo y judicial, caracterizado por disponer de un órgano especializado, la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, el cual se encuentra facultado para adoptar medidas de protección cuando considere que se vulneran derechos de propiedad intelectual, entre las que se incluye la posibilidad de clausurar páginas Web.

Sin embargo, es evidente que estas medidas no han solucionado satisfactoriamente el problema. Se siguen realizando dichas conductas, incluso han surgido otras nuevas más desarrolladas. A ello hay que unir el dato de que, en la práctica, muchos de estos casos resultan difíciles de perseguir jurídicamente por la complejidad que entrañan las propias prácticas y la imposibilidad de identificar a los infractores, como se ha puesto de manifiesto en las resoluciones judiciales dictadas al respecto.

Ante este complejo panorama, el legislador sigue en su empeño de buscar nuevas fórmulas que acaben, o al menos controlen, estas nuevas actividades desarrolladas en Internet. Así, recientemente ha sido publicado un nuevo Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y un Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal el cual endurece las conductas que atentan contra los derechos de autor y tipifica otras nuevas. Al análisis de dichos textos dedicaremos la última parte de este trabajo de investigación, el cual nos ha puesto de manifiesto que, en definitiva, la tensión entre el necesario desarrollo tecnológico y la protección de los derechos de autor continúa siendo, al día de hoy, un debate inconcluso.

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Para alcanzar a comprender el sentido de todo ordenamiento jurídico es necesario conocer la configuración de éste desde su origen. Y aunque no ocurre en todos los supuestos, es habitual que ciertas instituciones jurídicas vayan adaptándose como efecto a unos cambios contextuales de la sociedad.

Esto es, precisamente, lo que ha venido ocurriendo con el derecho de propiedad intelectual en general y con el derecho de comunicación pública en particular. Por ello, aun no siendo el tema principal de este trabajo, desde nuestro punto de vista resulta necesario hacer un breve repaso de los acontecimientos sociales, políticos y jurídicos más importantes que han ido creando y delimitando lo que hoy conocemos por derecho de comunicación pública; en tal sentido, podemos señalar como acontecimiento fundamental, el paso de un contexto analógico a otro totalmente digitalizado como en el que nos encontramos actualmente, causa principal de los cambios normativos producidos en los últimos años.

Y aunque no podemos olvidar que las creaciones artísticas e intelectuales existen desde prácticamente la propia existencia humana, siendo éste el verdadero germen de la propiedad intelectual, sin embargo su configuración en los

primeros momentos difiere notablemente de la situación actual; ello justifica que comencemos nuestra exposición en el momento en que se empieza a proteger y reconocer jurídicamente, esto es en el siglo XV¹, a partir de la creación de la imprenta. En palabras de BAYLOS CORROZA,² la imprenta se convierte enseguida en un medio de difusión de ideas, pensamientos y obras literarias, y a partir de ahí lo valioso ya no va a ser el libro considerado físicamente como una pieza en que constan unos signos determinados, sino los pensamientos, las concepciones, las creaciones literarias, intelectuales, filosóficas o científicas que en dicho libro aparecen plasmadas. En la misma línea, DANVILA Y COLLADO,³ según el cual *la invención de la imprenta ha producido para la propiedad intelectual, poco más o menos, los mismos efectos que la invención del arado produjo a la propiedad territorial*.

No obstante, como tendremos ocasión de analizar, la invención de la imprenta no va unida a la atribución de la propiedad intelectual sobre las creaciones intelectuales la cual no se atribuye al autor, sino al impresor. Por otra parte, prácticamente los únicos derechos que se reconocen en esta primera época son los de reproducción y distribución, de forma que el derecho de comunicación pública es casi inexistente.

¹ Aunque la doctrina mayoritaria considera que sólo se puede hablar de derechos de autor o derechos de propiedad intelectual a partir del siglo XVIII. Así, ÁLVAREZ ROMERO, C.J., *Significado de la publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España/Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969; BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*. Madrid, 1978 p.135 y ss.; DANVILA Y COLLADO, M., *La propiedad intelectual: legislación española y extranjera comentada, concordada y explicada según la historia, la filosofía, la jurisprudencia y los tratados*, Madrid, 1882; MARCO MOLINA, J., “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor”, en *ADC*, t. XLVII, 1994, p. 121 y ss.; PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Valencia, 1997; VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, Madrid, 1990; YZQUIERDO TOLSADA, M., “Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 1988, p. 515 y ss.

² Vid. *Tratado de...* op. cit. p. 135.

³ Vid. *La propiedad intelectual...* op. cit. p. 44.

1. La época de los privilegios

La comunicación pública constituye uno de los derechos de explotación regulados en el art. 17⁴ del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.⁵ precepto que atribuye el monopolio en la explotación de la obra al creador. Dicho de otro modo, que salvo las excepciones establecidas en la Ley, será ilícito cualquier acto de explotación que se lleve a cabo sin el consentimiento del autor. Sin embargo, este principio general que recogen todos los actuales textos legislativos de nuestro entorno, no siempre se configuró como un derecho concedido al creador de la obra. Por ello haremos referencia muy brevemente a los antecedentes del derecho de autor, mostrando el origen de su configuración actual.

Este recorrido histórico nos pondrá de manifiesto cómo la comunicación pública no fue inicialmente uno de los derechos de explotación reconocidos a los creadores en su primera época, la cual se caracterizaba porque limitaba la protección de la obra intelectual a aquella que adoptaba la forma de libro. Según se ha dicho, ello trajo consigo que los derechos reconocidos fueran los de reproducción y distribución.

Durante esta primera etapa se produce además una identificación entre el bien inmaterial creado y la cosa material en la que se materializa lo que se ha conocido como *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*. Como veremos

⁴ El Artículo 17 dispone que: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.”

⁵ Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, modificado posteriormente por la Ley 23/2006.

posteriormente, ello conllevará que cuando la propiedad intelectual se incorpore a los textos codificados se configure como una modalidad de propiedad ordinaria; así sucede en el Código Civil de 1889, que la regula en sus artículos 428 y 429.⁶

Esta primera época se caracteriza, por último porque se establece como forma de protección, los llamados privilegios de impresión. Se trataba de un “régimen de privilegio de concesión real” establecido por normas llamadas “las pragmáticas” de los Reyes Católicos,⁷ que regulaban la edición de textos en dicho periodo. En ellas no se concede un derecho de propiedad intelectual como lo concebimos actualmente, más bien se trata de una concesión por parte del Rey del derecho a explotar o a publicar una obra.⁸ Hasta entonces, estas concesiones en vez de ser atribuidas al autor se establecían en favor de los impresores y libreros surgidos a raíz de la invención de la imprenta.⁹ Tendremos que esperar hasta el siglo XVII para que se le reconozcan al autor los derechos de explotación sobre su obra.

⁶ El Código Civil contiene, bajo el epígrafe actual, “De la propiedad intelectual” dos preceptos dedicados a esta materia, el primero dispone que “*El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad.*”; y el segundo expone que “*La Ley sobre propiedad intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad.*”.

⁷ Los privilegios y licencias para imprimir libros se regulan en la Pragmática fechada en Toledo el 8 de julio de 1502, en el capítulo 14 de las Ordenanzas del Consejo que tuvo lugar en La Coruña en 1554, y más tarde por la Pragmática datada en Valladolid el 7 de septiembre de 1558.

⁸ Vid. BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de...* op. cit. p. 59. Aunque estas concesiones de privilegios al autor, como entiende BAYLOS CORROZA acusa una conciencia más desarrollada de la relación que existe entre el creador y su obra y refleja que los intereses económicos del editor, en cuanto empresario de una industria útil, tienen que ceder desde un punto de vista de justicia ante el derecho del verdadero autor, sin embargo este cambio no se produce en España hasta el siglo XVII. Para FORNS, J., la obra impresa era objeto de comercio en Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura, ADC, 1951, julio - septiembre, p. 988.

⁹ Hasta que se configuró como un privilegio real, era la Iglesia quien controlaba la producción de las impresiones en general, y posteriormente las Universidades que fueron naciendo. A través del Tribunal del Santo Oficio, esto es la institución creada en 1478 por los Reyes Católicos para mantener la ortodoxia católica en sus reinos, llegando a controlar la difusión y publicación de ideas y pensamientos. Según DÁNVILA Y COLLADO, la Universidad dirige la relación entre el autor y el editor, encontrándose la obra dirigida por las propias Universidades. Dánvila y Collado, M., *La propiedad...*, op. cit., p. 53.

La ruptura con el sistema de los privilegios y el primer reconocimiento de los derechos de autor en España surge gracias a las Reales Órdenes¹⁰ promulgadas en el reinado de Carlos III, quien además decretó el carácter vitalicio de los derechos de autor y la potestad de éste de traspasar tales derechos a sus herederos, equiparando el derecho de propiedad intelectual con la propiedad ordinaria.¹¹

Durante la vigencia de estas Reales Órdenes fue promulgada la Constitución de Cádiz de 1812, texto trascendente en esta materia donde ya se formuló un reconocimiento a todos los españoles de poder escribir, imprimir y publicar libremente sus ideas. Concretamente en el artículo 371 de la Constitución se declara que *“Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.”* Aunque su razón de ser estaba más enfocado a la vida política que a la propiedad intelectual, no deja de ser importante en el avance de los derechos de propiedad intelectual. Parecidas expresiones se repiten en las siguientes Constituciones de 1837 y 1845 en las que se alude a la libertad de expresión o libertad de creación artística o literaria.¹²

¹⁰ Vid. Real Orden de 23 de Marzo de 1763, por el que comienzan a otorgarse exclusivamente a los autores los privilegios sobre sus obras; Real Orden de 20 de Octubre de 1764, por el que se hacen transmisibles por causa de muerte los derechos de los autores; Real Orden de 14 de junio y cédula de 9 de julio de 1778, por el que los derechos de los autores caducan si no se solicitan su prórroga o en caso de no uso..

¹¹ Título 8º de la ley 25 de la Novísima Recopilación: *“He venido a decretar que los privilegios concedidos a los autores no se extingan por su muerte, sino que pasen a sus herederos, como no sean comunidades o manos muertas, y que a estos herederos, se les continúe el privilegio mientras lo soliciten, por la atención que merecen aquellos literatos, que después de haber ilustrado su patria no dejan más patrimonio a sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el estímulo de imitar su buen ejemplo.”*

¹² Otro texto legal trascendente en España en defensa de la propiedad intelectual surge en 1823 cuando se promulga la “Ley Calatrava”, esto es, la Ley sobre Propiedad de Obras Literarias, de 5 de agosto de 1823, firmada por José María Calatrava, en calidad de Secretario del Despacho de Gracia y Justicia. Ésta concretamente, apenas tuvo vigencia, porque se derogó el 1 de octubre del mismo año, sin embargo no pasó desapercibida dada su particularidad pues equiparaba los derechos de propiedad intelectual con los de propiedad ordinaria, no se reconocieron los derechos morales y se suprimió la característica de derecho temporal a la propiedad intelectual, considerando estos derechos como intemporales.

Las Reales Órdenes van a regir hasta 1813, cuando se proclama el Decreto núm. 265 de las Cortes de Cádiz, de 10 de junio de ese mismo año relativo a las “*Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras*”, que vino a ser la primera disposición legal española sobre propiedad intelectual.¹³

Posteriormente, en 1834, durante la regencia de María Cristina se promulga el Reglamento de Imprentas que regula no sólo las licencias, sino también la censura.¹⁴ El Real Decreto de 4 de enero de 1834 supone el regreso a la temporalidad de los derechos de propiedad intelectual, la cual fue una característica presente en la época de los privilegios. En efecto, aunque este texto atribuye por primera vez claramente la titularidad de los derechos sobre la obra al autor, limita su duración equiparándola a la propia a la vida de éste, dando la posibilidad de transmitirla a los herederos durante sólo 10 años.

En definitiva, lo característico de ésta época de los privilegios es la disociación que se produce entre el autor de la obra intelectual y el titular de los derechos de autor ya que los derechos se atribuyen al impresor, no valorándose el acto de creación, si bien en el último periodo dicha situación cambia siendo el creador y no el editor el que ostenta los derechos sobre su obra. Existía además, una identificación entre la creación intelectual y el soporte en el que se materializaba que en este periodo prácticamente se identificaba con el libro. Dicha identificación conllevó que la obra, pensada como un bien material, podía transmitirse como si de cualquier otro bien se tratara, no reconociéndose derechos morales algunos.¹⁵ Por último, esta identificación de la creación intelectual con la

¹³ Vid. MARCO MOLINA, J., “Bases históricas...” op. cit. p. 137.

¹⁴ Vid. DE NOVA LABIAN, A.J., *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet*. Madrid, 2010.

¹⁵ Actualmente, el contenido y características del derecho moral viene recogido en el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, según el cual: “*Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:*

1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.

obra impresa determinó que no existiera un derecho de comunicación pública como facultad atribuida al autor.

2. La Ley sobre Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847

El 10 de junio de 1847 se publica la Ley sobre Propiedad Literaria, que estará vigente durante treinta y dos años hasta la promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879. Este texto está compuesto por apenas 28 artículos distribuidos en tres Títulos, siendo el primero “De los derechos de los autores”, el segundo “De las obras dramáticas” compuesto por sólo tres artículos, y el Título tercero “De las penas”; además incluye tres Disposiciones generales al final del texto. A pesar de que tuvo una vigencia no muy larga cabe destacar algunos aspectos de esta Ley.

En primer lugar, tal y como se preveía en el Proyecto de Ley de Bases del Código Civil de 1844,¹⁶ se consigue reunir en un solo texto como “Ley especial”

2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.

3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.

4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.

5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.”

¹⁶ Hasta entonces y desde 1840 se fueron redactando proyectos, siendo ya determinante el Proyecto de La Ley de Bases del Código Civil de 1844. Dichas Bases fueron elaboradas por la Sección Civil de la primera Comisión General de Codificación, elevadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844.

todas las disposiciones referidas a la propiedad literaria.

En segundo lugar estamos ante una Ley que representa una época intermedia en lo relativo al reconocimiento de los derechos de autor. Ciertamente, por primera vez, los creadores serán los que perciban los beneficios de explotación sobre las obras, a diferencia de anteriores etapas en las que eran los impresores quienes se lucraban de las creaciones intelectuales. Es decir, se produce una identificación entre el autor y el titular de los derechos de explotación; si bien, aún no se reconocen los derechos morales.

Sin embargo, no podemos obviar que estamos ante una Ley que sólo protege la propiedad literaria, lo cual parece tener su origen en la influencia de la legislación francesa¹⁷ al regular la propiedad intelectual como algo material y centrarse solo en la obra literaria. Dicho de otro modo, la propiedad intelectual se identifica con el libro, produciéndose así una cosificación del bien inmaterial. Es decir, todavía la obra intelectual se reconoce a través de la obra impresa y no se contemplan, en principio, otras formas de creación distinta pues este texto estaba destinado fundamentalmente a la obra literaria,¹⁸ aunque hay un cierto reconocimiento de la representación escénica como veremos a continuación. En efecto, el artículo 1º dispone que: “*Se entiende por propiedad literaria para los efectos de esta ley el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas, o por cualquier otro semejante*”. En definitiva, aunque supone un avance respecto al texto que le precede pues reconoce al autor la propiedad de sus derechos¹⁹ no existe en la Ley de 1847 precepto alguno que

¹⁷ Vid. MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*. Madrid, 1995.

¹⁸ Aunque en realidad abarque tanto obras escritas u orales, así como cartas geográficas, música, dibujos y obras de pintores y escultores.

¹⁹ Explica MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit., p. 21, *Para el legislador no es excesivamente importante que el derecho del autor sobre su obra sea o no un verdadero derecho de propiedad sino que en tanto que derecho exclusivo sobre un objeto, admita ser regulado por medios análogos al derecho de propiedad*; en el mismo sentido, BONDIA ROMAN, F., *La propiedad intelectual: su significado en la*

haga referencia al derecho de comunicación pública ya que los derechos de explotación consisten básicamente en los derechos de reproducción y distribución, y por tanto, la obra intelectual se hace accesible al público a través de la obtención de copias.²⁰

Por otra parte, para hacer efectivo el reconocimiento del derecho de autor se le exigían determinadas obligaciones al respecto,²¹ como eran la reproducción o impresión de la obra, sin la cual no podía reclamarse protección legal; y el depósito de la obra ante la autoridad administrativa para que constara así la voluntad de ejercer el monopolio de la reproducción sobre la misma.²²

Aunque hemos afirmado que su objeto principal era la protección de la propiedad literaria, cabe destacar también respecto de la Ley de 1847 la ampliación de su contenido a las obras dramáticas y musicales, lo que indudablemente marcó su diferencia con la regulación existente hasta el momento.

La regulación de esta modalidad de obras aparece recogida en el Título II de la Ley, “De las obras dramáticas”, siendo el primer texto normativo español que reconoce el derecho exclusivo del autor de representación en público de la propia

sociedad de la información: (la nueva ley de 11 de noviembre de 1987), Madrid, 1988, p. 82, Los revolucionarios franceses, para afianzar el derecho de los autores y expresar la plenitud del señorío que tienen sobre sus obras, recurrieron al expediente de la propiedad, que significa la relación jurídica más completa que puede vincular a un titular con el objeto de su derecho.

²⁰ Respecto de la legislación anterior cabe destacar como otro cambio importante, la ampliación temporal del derecho de propiedad intelectual en favor del autor reconocido en su artículo 2º, pasando de toda la vida del autor más 10 años como máximo durante la etapa de los privilegios, a toda la vida del autor más 50 años.

²¹ Vid. DE NOVA LABIAN, A.J., *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet*. Madrid. 2010.

²² En su artículo 13 la Ley dispone que “Ningún autor gozará de los beneficios de esta ley si no probase haber depositado un ejemplar de la obra que publique en la Biblioteca Nacional, y otro en el Ministerio de Instrucción Pública antes de anunciarse su venta. Si las obras fueren publicadas fuera de la provincia de Madrid cumplirán sus autores o editores con la obligación que les impone este artículo, probando haber entregado los dos ejemplares al jefe político de la provincia, el cual los remitirá al Ministerio de Instrucción Pública y a la Biblioteca Nacional”.

obra;²³ dicho derecho consistía básicamente en la potestad del autor de autorizar o no su representación por un tercero; *es decir, la Ley parte de la base de que, si bien el derecho de representación nace en la persona del autor (art. 17, 1º y art. 18, por remisión a aquél), éste no llega nunca a ejercitarlo, sino que él, -o su derechohabiente (art. 23: “autor o dueño”)- obtiene la utilidad del derecho disponiendo de él a favor de un sujeto que lo ejercerá profesionalmente: el “empresario de teatro (art. 23).²⁴* Por tanto, no se concibe que el autor pueda explotar personalmente este derecho, el cual se limita a conferirle la potestad de autorizar a terceros su representación.

Como se ha apuntado, son tres los artículos que dicha Ley dedica a las obras dramáticas: el artículo 16 señala que lo dispuesto para las demás obras literarias en cuanto al derecho de reproducción y distribución será de aplicación también a las obras dramáticas; el artículo 17 regula expresamente el derecho de representación de las obras dramáticas, limitándose a determinar una duración del derecho y el efecto del transcurso de dicho plazo: la entrada de la obra en el dominio público. Por otro lado, menciona expresamente la exigencia de consentimiento del autor para la representación de la obra en los teatros públicos; finalmente, el artículo 18 referido a las obras o composiciones musicales a las cuales también es de aplicación lo dispuesto en el artículo 17.

Para la representación de tales obras, la Ley de 1847 dispone toda la vida del autor y 25 años *post mortem* para sus herederos, a diferencia de la que dispone para el derecho de reproducción que es de 50 años *post mortem*.

La razón de ser de dicho reconocimiento en favor del autor de autorizar la

²³ Art. 17, 1.º; art. 18, final; art. 23.

²⁴ Vid. MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit., p. 44.

representación de sus obras, que supone el germen del derecho de comunicación pública, pudiera ser que en este contexto social ausente de medios físicos que permitieran materializar la creación intelectual y que fuera accesible a la población en general, la forma de utilización de la obra incorporal era “la representación y ejecución pública” de esas obras dramáticas y musicales.²⁵ Esto sólo se podía llevar a cabo a través de la representación de las mismas directamente al espectador, resultando un acto de explotación *simultáneo, temporal y espacial entre el público y el organizador del acto*.²⁶

Íntimamente relacionada con la afirmación anterior es la búsqueda de una razón que justificara la ausencia de regulación en los textos anteriores de estas formas de comunicación. Al respecto, la respuesta quizás habría que buscarla en el hecho de que la representación de la obra en un teatro no se concibiera como una actividad intelectual merecedora de una regulación jurídica, de ahí que no se incorporara a los textos normativos hasta la Ley de 1847, la cual remedia esta situación de discriminación de las obras dramáticas y musicales incluyendo en su contenido referencia a mismas.²⁷

Ahora bien, dada la escueta regulación dada a las obras dramáticas y musicales, fue necesario su desarrollo normativo posterior. Concretamente se dictaron dos Decretos relativos a los teatros: el Real Decreto Orgánico de los Teatros del Reino de 7 de febrero de 1849 y el Reglamento del Teatro Español también de 7 de febrero de 1849; entre otros temas dichos textos regulan la forma en que debían tener lugar la representación de las obras dramáticas en los teatros y las relaciones entre el creador -autor- y quien normalmente era quién se

²⁵ Vid. MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit. p.

²⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.) et. al. *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, 2003, p. 80.

²⁷ “...por medio de la representación en el teatro. Entonces constituyen una especie aparte que exige sus reglas propias...” (vid. Discurso de presentación del Proyecto de Ley al Senado, Diario de Sesiones del Senado de 1847, apéndice 1º al núm. 17, de 20 de febrero de 1847).

ocupaba de llevar a cabo la representación escénica -las compañías teatrales-.²⁸

En conclusión, el cambio más destacado introducido por esta Ley fue el reconocimiento de la propiedad intelectual a los creadores de las obras; especialmente, en lo que a nosotros nos interesa, a los autores de obras dramáticas y musicales, quienes dispusieron la facultad de decidir acerca de cómo, cuándo y por quién habrían de ser representadas sus obras. La Ley de 1847 fue pues el primer texto legal en España que, aunque no de forma expresa, prevé el derecho de comunicación pública en su modalidad de representación escénica o ejecución pública de las obras dramáticas y las composiciones musicales.

En sus treinta y dos años de vigencia de la Ley de 1847 se sucedieron importantes acontecimientos, entre ellos, se llevó a cabo el proyecto del Código Civil de 1851, y se vieron superadas diferentes etapas políticas: tras la década moderada, el bienio progresista 1854-1856, los últimos años del reinado de Isabel II, el Sexenio revolucionario y la Restauración. En 1879, en un momento ya de cierta estabilidad y modernidad, se promulgó la nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1879 que tuvo una vigencia de más de un siglo.

²⁸ Vid. AYLLÓN SANTIAGO, H. S., *El derecho de comunicación pública directa*. Reus. 2011.

3. La Ley de 10 de enero de 1879 de Propiedad Intelectual

3.1 Consideraciones generales sobre la Ley de 1879

La aprobación de la Ley de 10 de enero de 1879 de Propiedad Intelectual supuso la derogación de la anterior regulación de 1847. Al año siguiente se publica el Reglamento de desarrollo de 3 de septiembre de 1880.²⁹

Esta Ley se encuentra compuesta por 57 artículos, los cuales ahora se encuentran ordenados y agrupados por materias (*“Discursos parlamentarios”*; *“Traducciones”*; *“Pleitos y causas”*; *“Obras dramáticas y musicales”*; *“Obras anónimas”*; *“Obras póstumas”*; *“Colecciones legislativas”*; *“Periódicos”*; *“Colecciones”*; *“Registro”*; *“Reglas de caducidad”*; *“Penalidad”*; *“Derecho internacional”*; *“Efectos legales”*; *“Cumplimiento en Ultramar”*, y *“Reglamento”*). Ello supuso una diferencia con respecto a su antecesora, que estaba dividida en tres Títulos: *“De los derechos de los autores”*, *“De las obras dramáticas”*, y *“De las penas”*.

Esta nueva etapa legislativa se caracteriza por la dificultad de incluir esta figura jurídica en la tradicional clasificación tripartita romana de derechos reales personales y obligacionales, cuestionándose la solución dada por el legislador de

²⁹ Este Reglamento destacó por la incorporación de una regulación “de los teatros”, motivada por la propia Ley de 1879 por cuanto en su artículo 57 dispuso que el Gobierno publicaría un reglamento de desarrollo de la misma, advirtiéndole que en él “se comprenderá el de los teatros”.

1847 de configurarla como una modalidad de la propiedad privada.³⁰

Como vamos a tener ocasión de analizar, en esta Ley nos encontramos con muchos e importantes cambios con respecto a la anterior regulación. Resultó ser una Ley trascendente con una vigencia que se extiende de 1879 a 1987 y en la que podemos resaltar las siguientes cuestiones.

En primer lugar, una novedad que va a repercutir notablemente en el desarrollo y configuración de los derechos de autor se evidencia en la propia denominación de la Ley, pasando ser de “propiedad literaria” a “propiedad intelectual”. Ello responde a la intención del legislador de abarcar nuevos contenidos dentro del objeto del derecho, incluyéndose no solo las obras escritas, sino a todo tipo de obras:³¹ *“La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta Ley, las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a la luz por cualquier medio”* (Art. 1º de la ley). De este modo, se abarca diversos contenidos sobre todo tipo de creaciones del ingenio humano: producciones literarias y ensayísticas, discursos parlamentarios, traducciones, obras dramáticas y musicales, periódicos y colecciones, pinturas y esculturas; también se regula por primera vez situaciones tales como la existencia de obras póstumas o de obras anónimas. Además, no solo se otorga protección a las obras que fueran

³⁰ Ello provocó la aparición de teorías por parte de los civilistas que pueden agruparse en torno a dos grandes posturas. Las tesis personalistas, centraron su atención en los intereses extrapatrimoniales o de carácter moral existentes en el derecho de autor, adscribiendo el mismo a la categoría de los derechos de la personalidad. Otras, cuyo énfasis se centró en la vertiente patrimonial del mismo, tendieron a asimilar esta institución a los derechos reales de propiedad. Entre ambas teorías *parece triunfar en la actualidad una tercera teoría ecléctica, que califica estos derechos de inmateriales o sui generis, como una cuarta categoría junto a la clásica división tripartita romana a la que antes aludíamos* Según explica CARMONA SALGADO, C., *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, p. 106; acerca de las teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., “Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales”, en *RDPr.* 1969, p. 750; también en MARCO MOLINA, J., “Bases históricas...” op. cit. p. 146 y ss.; QUINTANO RIPOLLES, R., *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, 1978, T. III, p. 578.

³¹ *La palabra intelectual puede tener una significación tan amplia que caben en ella casi todas las obras...* (Leopoldo Augusto de CUETO, marqués de VALMAR. *Vid.* El Diario de Sesiones del Senado de 1878, núm. 106, de 16 de diciembre).

conocidas, sino que extendía su ámbito de aplicación a aquéllas que estuviesen creadas y pudieran darse a conocer por cualquier medio conocido o que se crearan en el futuro.

En segundo lugar, determina claramente la titularidad de la propiedad intelectual y a quien se aplican los beneficios de la misma;³² amplía el tiempo del reconocimiento del derecho de propiedad intelectual de los herederos, pasando de cincuenta años en la Ley de 1847 a ser ochenta años una vez fallecido su autor,³³ disponiendo que la obra pase a dominio público una vez extinguidos estos plazos.

³² Vid. artículo 2 de la Ley de 1879, según el cual: “*La propiedad intelectual corresponde:*

Primero. A los autores respecto de sus propias obras.

Segundo. A los traductores respecto de su traducción, si la obra original es extranjera y no lo impiden los Convenios internacionales, ó siendo española, ha pasado al dominio público, ó se ha obtenido en caso contrario el permiso del autor.

Tercero. A los que refunden, copian, extractan, compendian ó reproducen obras originales respecto de sus trabajos, con tal que siendo aquéllas españolas se hayan hecho estos con permiso de los propietarios.

Cuarto. A los editores de obras inéditas que no tengan dueño conocido, ó de cualesquiera otras también inéditas de autores conocidos que hayan llegado á ser de dominio público.

Quinto. A los derechohabientes de los anteriormente expresados, ya sea por herencia, ya por cualquier otro título traslativo de dominio.”

Por su parte, el artículo 3 dispone que: “*Los beneficios de esta ley son también aplicables:*

Primero. A los autores de mapas, planos ó diseños científicos.

Segundo. A los compositores de música.

Tercero. A los autores de obras de arte respecto á la reproducción de las mismas por cualquier medio.

Cuarto. A los derechohabientes de los anteriormente expresados.”

Y el artículo 4 añade lo siguiente: “*Alcanzan asimismo los beneficios de esta ley:*

Primero. Al Estado y sus Corporaciones y á las provinciales y municipales.

Segundo. A los Institutos científicos, literarios ó artísticos, ó de otra clase legalmente establecidos.”

³³ Artículo 6º: “*La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y se transmite a sus herederos testamentarios o legatarios por el término de ochenta años. También es transmisible por actos entre vivos, y corresponderá a los adquirentes durante la vida del autor y ochenta años después del fallecimiento de este si no deja herederos forzosos. Más si los hubiere, el derecho de los adquirentes terminará veinticinco años después de la muerte del autor, y pasará la propiedad a los referidos herederos forzosos por tiempo de cincuenta y cinco años.”*

Este precepto fue criticado por SERRANO ALONSO, E., “Sugerencias para una reforma del derecho de autor”, AC núm. 2, 1986, pág. 72, pues el artículo 9º del Reglamento de desarrollo exigía que “*Toda transmisión de propiedad intelectual cualquiera que sea su importancia, deberá hacerse constar en documento público, que se inscribirá en el correspondiente Registro, sin cuyo requisito el adquirente no gozará de los beneficios de la Ley*”, así consideraba que esa exigencia se encontraba duplicada y era anómala y excepcional en el sistema adquisitivo general de los derechos reales, teniéndose en cuenta además que la Ley de Propiedad Intelectual no establecía esa exigencia).

Como sabemos, la Ley de 1847 no reconocía derecho alguno de propiedad intelectual si no se cumplían previamente unos requisitos obligatorios de inscripción previa. Con la Ley de 1879 se siguen exigiendo determinadas formalidades³⁴ para el reconocimiento de los derechos de autor, esto es, el depósito y el registro de la obra.³⁵

La inscripción en el Registro tenía carácter obligatorio según establecía el artículo 36, según el cual: *"Para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual, con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores."* De forma previa a la inscripción en el Registro, la obra debía ser depositada en la sede de las oficinas del Depósito legal antes de su difusión social, con la finalidad de que el patrimonio cultural del país contara en sus Bibliotecas y Fonotecas, al menos con un ejemplar de toda obra que pretendía difundirse.³⁶

³⁴ Así, estas formalidades vienen a ser tales como la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual dependiente del Ministerio de Fomento de la época, manteniendo la obligación de entrega de tres ejemplares de la obra con destino a las Bibliotecas Provinciales, a la del Ministerio de Fomento y otro para la Biblioteca Nacional, para las obras literarias, científicas o artística, y para las obras dramáticas o musicales que se hayan representado en público, pero no impreso, bastaría presentar sólo un ejemplar manuscrito de la parte literaria, y otro de igual clase de las melodías con su bajo correspondiente en la parte musical.

³⁵ Quedaban exceptuadas de estos formalismos, las obras de artes plásticas. El arto 37 de la LPI de 1879 establecía en su párrafo primero que *"Los cuadros las estatuas, los bajos y altos relieves, los modelos de arquitectura o topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultura o plástico quedan excluidas de la obligación del Registro y del depósito"*.

³⁶ La jurisprudencia en este sentido era muy rigurosa, así la STS, Sala 13ª, de 14-10-1983 (RA 5326), alude al carácter constitutivo que la ley atribuía al Registro: *"(...) aun sin desconocer el significado que la regulación de la materia confiere al Registro, desvirtuando su verdadero carácter y convirtiéndolo en fuente de creación del derecho, lo que puede provocar, por carencia del asiento tabular harto frecuente en la realidad, la desposesión por parte de quien, desprovisto de buena fe, se beneficia del trabajo del autor- arts. 36 y 38 de la Ley especial y 22 de su reglamento de 3 de septiembre de 1880) (...) "*.

En esta línea, la STS de 12-2-1946 (RA 123), señalando en uno de sus considerandos que *"el art. 36 de la ley de 10 de enero de 1879...establece con carácter de generalidad la exigencia de la inscripción en el Registro General de la Propiedad Intelectual dentro del plazo de un año, a contar desde la publicación de la Ley (-"desde el día de la publicación de la obra"-, dice exactamente el artículo) para poder gozar de los beneficios de la mayor temporalidad en su disfrute que establece el artículo 63..."*, en ella se venía a resolver la validez o nulidad de unas anotaciones de reversión hechas en el Registro de la Propiedad a favor de la heredera y sucesora de don José Zorrilla respecto del drama *«Don Juan Tenorio»* y otras obras que éste había vendido a un editor con anterioridad al año 1847. La STS se pronunció a favor de la validez de las anotaciones en cuestión.

La SAP de Madrid de 2-11-1995 declaraba: *"Esta norma – se refería a la LPI de 1879-, en sus artículos 33 y siguientes se ocupa de la regulación del Registro de la Propiedad Intelectual, siendo de interés*

Como tercera novedad respecto de la Ley de 1847 cabe destacar la supresión de la obligatoriedad de publicación previa de la obra según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley: *“No es necesaria la publicación de las obras para que la ley ampare la propiedad intelectual.”*³⁷

No obstante, es preciso puntualizar que dicha afirmación aludía no a las obras literarias, sino a las obras dramáticas y musicales, las cuales existían para la Ley de 1879 desde el momento de haber sido representadas al público sin necesidad de impresión y publicación. Esto supuso que para el legislador el reconocimiento al derecho de propiedad intelectual de las obras dramáticas y musicales se producía desde el mismo momento en que éstas eran representadas públicamente.³⁸

para nosotros el artículo 36 que dice lo siguiente: «Para gozar de los beneficios de esta Ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la Propiedad Intelectual, con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores», esto es, mediante la constitución del depósito que se regula en el artículo 34 de la Ley a que nos estamos refiriendo. Es pues el depósito, que supone tanto como la inscripción en el registro designado al efecto, el determinante de la titularidad del derecho”.

Señalar, que para la jurisprudencia la protección de los derechos de propiedad intelectual quedaban protegidos desde tres ámbitos, el civil, el gubernativo y el penal, encontrándose reconocido en el artículo 534 del código punitivo, dejando éste último orden para los casos de mayor gravedad, así lo declaró el Tribunal Supremo en la STS, Sala 2º, de 15-12-1969 (RA 5917): *“La protección de los derechos de autor, plasmada en la vigente legalidad española en virtud de la fundamental ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 (...) se ejerce según los casos en una vertiente triple y no necesariamente concurrente, civil, administrativa y penal prevista esta última en el arto 534 del Código punitivo, cuya genérica e imprecisa remisión integradora a la normativa extrapenal en la materia no puede implicar sin más la global e indiferenciada criminalización de toda conducta antijurídica desentendida del debido respeto a tales derechos inmateriales, (...) sino que la atracción a la órbita penal, más allá de los ordinarios remedios impenetrables de la jurisdicción civil y de la pronta y resuelta intervención de la autoridad gubernativa, queda reservada para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva, en que tanto su neta tipificación criminal y no mera antijuridicidad civil - resultante aquélla de la ponderada conjugación del mentado artículo 534 del Código con los pertinentes preceptos, 25, 47 y concordantes de la Ley 1879- como la cierta culpabilidad del agente impongan la subsunción penal adecuada, realizada ponderadamente por los Tribunales de este carácter”;* en el mismo sentido las STS, Sala 2ª, de 13-6-1987 (RA 4799), y de 4-6-1992 (RJ 1992\5446).

³⁷ Vid. CHICO ORTIZ, J.M., “Principios y problemas de la Propiedad Intelectual”, en RCDI, 1984, II, p.1321 y ss. *El gran enigma de la Ley, sin embargo, está en su art. 8º, que con su pronunciamiento general pone en entredicho el concepto mismo de creación y parece dar a entender que se está refiriendo a las obras inéditas.*

³⁸ Real Orden de 14 de julio de 1888: *“Y no se diga que la ley permite inscribir sin que se hayan publicado las obras dramáticas y musicales, porque esta excepción, consignada expresamente respecto de estas obras,*

Sin embargo, este precepto resultó muy controvertido entre los expertos en la materia. Así, un sector de la doctrina,³⁹ consideró que de su contenido se podía extraer que el legislador estaba consagrando el reconocimiento de derechos de autor desde el mismo momento de la creación de la obra intelectual, ya se tratara de obra literaria, dramática o musical. Así por ejemplo, CLEMENTE DE DIEGO,⁴⁰ considera que *la propiedad empieza desde que la obra recibe su existencia concreta, aunque no se haya publicado*.

Es más, para algunos autores el hecho de haber suprimido expresamente la obligatoriedad de publicación previa de la obra para el reconocimiento de los derechos de autor implicaba la facultad de inédito sobre la obra, reconociéndose por tanto un derecho personal del autor a decidir sobre la divulgación de ésta.⁴¹

La principal consecuencia a estas tesis era la posible existencia de un reconocimiento tácito al derecho moral del autor por parte de la Ley.⁴²

confirma la regla general expuesta (los trabajos intelectuales sólo existen en cuanto son publicados), y mucho más si se observa que en este caso exige la ley que aquéllas se hayan representado, circunstancia que se ha estimado bastante para considerarlas publicadas; y así puede decirse que ese precepto de la Ley, mejor que establecer una excepción, lo que hace es declarar que en aquella clase de obras equivale la representación a la publicación exigida para las científicas y literarias”.

³⁹ Vid. FALCÓN, M, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1888, 3ª ed., tomo II, p.177: *...que la propiedad de una obra literaria, artística, o mixta comienza desde que la misma obra recibe existencia, no siendo necesaria la publicación...*; LÓPEZ QUIROGA, J., voz “propiedad intelectual”, en *Enciclopedia Jurídica española*, Barcelona, Tomo XXVI, p.128: *Nuestra ley en su art. 8.º, al decir que no es necesaria la publicación de las obras para que la misma ampare su propiedad intelectual, protege al autor de la obra inédita...*

⁴⁰ Vid. *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1929, tomo I, p. 480.

⁴¹ En este sentido, BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de...* op. cit. p. 624 y ss., quien señala que según lo señalado en el artículo 8 de la Ley, que suprime la obligatoriedad de publicación previa de la obra se encuentra implícito el derecho del autor a decidir no dar la obra a la publicidad.

⁴² No sólo se extraía esta posibilidad de este precepto, pues según un sector de la doctrina, la Ley hacía ciertas referencias a determinadas facultades del derecho moral. Así, FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “El Derecho Moral de los autores” *ADI*, 1987-88, T. XII, p. 17 y ss. Señalar, que la jurisprudencia ya se pronunció por entonces acerca de la existencia de los derechos morales, en su mayoría en sentido negativo. Al respecto, destaca la STS de 21 de junio de 1965 “...queda reservada a la legislación de cada país el

Sin embargo, para otro sector de la doctrina estas interpretaciones resultaban contrarias al sentido del propio texto legal, pues en la Ley de 1879 para que una obra estuviera protegida por los derechos de autor era requisito imprescindible que ésta pudiera llegar a ser conocida por el público, no teniendo cabida por tanto el derecho de inédito. Así, en opinión de MARCO MOLINA,⁴³ este artículo 8 lo que pretende es *puntualizar, en primer lugar y en consonancia con el art. 1º de la Ley, que no es la publicación -u obtención, fundamentalmente por medio de la imprenta, de ejemplares de la obra y distribución de los mismos- el único modo de darse a conocer una obra. También pueden llegar a ser conocidas- y, en consecuencia, estar protegidas- las obras difundidas mediante una serie de procedimientos alternativos a que se refiere el propio art. 8.º: “lectura, ejecución o exposición pública o privada.”* En el mismo sentido, GIMÉNEZ BAYO y RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE,⁴⁴ quienes consideran que *no cabe la menor duda de que la intención del legislador no fue la de considerar la impresión de la obra como su única forma de publicación...la nota fundamental para que una obra pueda ser protegida es que de ella haya tenido conocimiento el público...”*

En consecuencia aún admitiendo la posibilidad de que dicho texto legal reconociera implícitamente los derechos morales⁴⁵ se considera, sin embargo, que concretamente este precepto no supone un reconocimiento de un derecho de

establecer las condiciones de ejercicio del derecho moral de autor, dado que mientras los acuerdos de la citada conferencia no se desenvuelvan en disposiciones posteriores, son conceptos meramente programáticos, que no pueden servir de fundamento a un Tribunal para hacer declaraciones de derecho, y como en España no se ha adaptado aún la legislación de propiedad intelectual al citado convenio, el que no se ha desenvuelto en normas legales, el mismo no puede servir para el reconocimiento que pretende el recurrente...” (referida al conflicto suscitado entre una sociedad hotelera y el escultor Pablo Serrano, como consecuencia que la primera desmontó y relegó a un almacén una obra del artista. Sin embargo, son numerosas las sentencias en los que el Tribunal Supremo reconoce la distinción del derecho moral y el derecho patrimonial del autor, ejemplo de ello son la STS de 14 de octubre de 1983 (RA 5326), y la STS de 19 de julio de 1989 sobre el reconocimiento a la paternidad de la obra.

⁴³ Vid. *La Propiedad...* op. cit., p. 75.

⁴⁴ Vid. “Valor jurídico de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de la obra manuscrita”, en *RCDI*, 1951, p. 280-284.

⁴⁵ Vid. MARCO MOLINA, J., *La propiedad...* op. cit. p.133 y ss.

inédito en el sentido de derecho moral oponible frente a cualquier titular de derechos patrimoniales sobre la obra; por el contrario, lo que se pretende es suavizar las sanciones impuestas por el incumplimiento de la exigencia de inscripción previa de la obra dramática o musical en el Registro⁴⁶ admitiendo la posibilidad de publicarla de nuevo tras el transcurso de veinte años, evitando que la obra entrara en el dominio público. Considera esta autora además, que el propósito del legislador con esta declaración de supresión del requisito de publicación previa de la obra, era determinar que no era necesaria la publicación pero por medio de la imprenta de las obras drásticas o musicales, siendo suficiente la difusión o exposición pública como modos de publicación. Recordemos, en tal sentido, que la anterior Ley de 1847 se caracterizaba porque además de ser obligatorio depositar un ejemplar de la obra en la Biblioteca Nacional y otro en el Ministerio de Instrucción Pública para que se reconocieran los derechos de autor, debía de haberse publicado previamente la obra de forma impresa; por el contrario, la actual Ley dispone, a través del artículo 8, que la publicación previa desaparece⁴⁷ para las obras dramáticas y musicales, reconociéndose así otros modos de comunicación que no fuera la imprenta, esto es, la representación y ejecución escénica, encontrándonos pues, ante la antesala del derecho de comunicación pública.

En conclusión, aunque el propósito de esta Ley era mejorar la protección conferida a los autores, la realidad es que ésta se quedaba reducida a su carácter patrimonial una vez más,⁴⁸ confiriendo al autor un derecho muy similar al de

⁴⁶ Según el artículo 38 de la Ley de 1879: “*Toda obra no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual podrá ser publicada de nuevo reimpressa por el Estado, por las Corporaciones científicas ó por los particulares durante diez años, á contar desde el día en que terminó el derecho de inscribirla.*”; según dispone el artículo 39: “*Si pasase un año más después de los diez sin que el autor ni su derechohabiente inscriban la obra en el Registro, entrará ésta definitiva y absolutamente en el dominio público.*”; y el artículo 40: “*Las obras no publicadas de nuevo por su propietario durante veinte años pasarán al dominio público, y el Estado, las Corporaciones científicas ó los particulares podrán reproducirlas sin alterarlas; pero no podrá nadie oponerse á que otro también las reproduzca.*”

⁴⁷ Aunque como hemos visto *up supra* nota 36, a criterio jurisprudencial el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual quedaba supeditada al depósito e inscripción en el Registro de la obra.

⁴⁸ También la jurisprudencia se caracterizó por la escasa protección conferida a los autores de las obras, existiendo un vacío legal sobre el derecho de comunicación pública, (como manifestación del derecho de

propiedad, como si de un bien material tratara.⁴⁹

Contemporáneo a la Ley de 1879 es el Código Civil español el cual como es sabido sitúa sistemáticamente el derecho de propiedad intelectual dentro de las *propiedades especiales*.⁵⁰

De acuerdo con la naturaleza propia con la que aparece reconocida en el Código Civil, la propiedad de un bien era esencialmente transmisible aplicándose dicho principio a la propiedad intelectual respecto fundamentalmente de las obras impresas. En tal sentido, se le reconocía al autor la facultad de disposición sobre ésta, lo cual se traducía en el hecho de que el creador de la obra no la explotaba personalmente en la práctica, sino que transmitía sus derechos sobre ésta a un

explotación) casi inexistente en la época, de hecho lo que caracteriza a la doctrina jurisprudencial de entonces son las numerosas sentencias del Alto Tribunal así como del Tribunal Constitucional que antepusieron al público destinatario de la comunicación de la obra al propio autor, pues entendían que ese público era la razón de ser del derecho de libertad de expresión y del derecho de información consagrados en la Constitución. Ejemplo de dichas tesis es la STS de 11 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7693), en la que afirma que “la libertad de expresión y el derecho a la información alcanza a todos, los creadores, productores, o informadores, profesionales o no, y al público en general destinatario de la comunicación.” De igual modo, dijo el Tribunal Constitucional en la sentencia de 31 de marzo de 1982 (RTC 1982/12) señala que “No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir ideas y opiniones comprende el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”.

⁴⁹ Así lo consideraba también BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de...* op. cit. p. 481, cuando viene a establecer lo siguiente: *La obra intelectual es una realidad y no una pura idea, ni un contenido mental, ni una abstracción. La obra es siempre un hecho, algo que acaeció un cierto día, un quid irremediable. Pensar no es en sí mismo crear, sino realizar una función vital humana tan imprescindible como respirar o alimentarse. La creación espiritual requiere, pues, en mayor o menor medida, el contacto directo con unos materiales, con unos elementos sensibles que realizan una función instrumental y representativa indispensable.*

⁵⁰ Artículos 428 y 429 del Código Civil. La introducción de la propiedad intelectual como una *propiedad especial*, no es, a juicio de MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit., p. 65, fruto de una elaboración científica, sino un intento apresurado de regulación, aprovechando simplemente la existencia de leyes especiales sobre materias poco conflictivas como “las obras literarias, artísticas y científicas; las aguas y los minerales”. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual...* op. cit. p. 22 y 23, según el cual *esto ha quedado reconocido en España tanto en la propia denominación de propiedad intelectual como en los artículos 428 y 429 del Código Civil, que siguen en vigor. Ciertamente que los mencionados preceptos reenvían a la ley sobre propiedad intelectual vigente en cada momento para la regulación de la misma, pero reconocen que se trata de un derecho de propiedad, aunque especial en razón de su objeto, y que, como tal, atribuye a su titular el derecho de gozar y disponer de la obra sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, lo que consiste en un derecho de exclusiva sobre la obra, siendo su titular el único que puede disfrutarla y explotarla. De manera que puede prohibir su utilización a cualquier sujeto y puede autorizarla a quien quiera y en los términos que quiera.*

tercero que los adquiría definitivamente.

De este modo, el único beneficio que se reconocía al autor era la ganancia que pudiera obtener en el momento de la enajenación de la obra, resultando ser el tercero adquirente que había adquirido la titularidad de la obra el que percibía los beneficios derivados de la explotación. Por ello, en última instancia a quien realmente protegía el legislador era al adquirente de los derechos, y no al autor.⁵¹ Es decir, eran los editores los auténticos benefactores de esta regulación.

A diferencia de lo que sucedía con la obra impresa, la Ley de 1879 y su Reglamento entendían que la representación escénica de obras no suponía un “*acto traslativo de dominio*”; por ese motivo y como excepción a lo anterior, la Ley reconocía al autor el derecho a ceder la explotación de la representación de la obra manteniendo la titularidad a cambio de un precio.⁵² Dicho acto era entendido además como el único título de transmisión de derechos de propiedad intelectual que podía atribuirse el autor cuando la obra fuera susceptible de ejecución pública.

En definitiva, mientras que para el resto de obras no susceptibles de ser representadas el autor carecía de la posibilidad de obtener beneficios económicos de la obra cuando estaba siendo explotada por otros, en las obras teatrales la situación era justamente la opuesta.⁵³

⁵¹ El 12 de marzo de 1975 fue publicada la Ley del Libro, cuyo fin principal se señala en su Exposición de Motivos, era la de promover el libro para que éste pudiera cumplir de modo efectivo y de acuerdo con la realidad del momento, su papel de vehículo esencial en la difusión de la cultura, lo cual fue criticado por BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de...* op. cit. p. 634.

⁵² Vid. MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit., p. 107; vid. Art. 2, 5º; 21; 36,2; 41, 2 de la Ley y art. 1, 8, 2; 22, 2; y 61 del Reglamento.

⁵³ No obstante, en la Ley 17/1966, de 31 de mayo, de Derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas y la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, se establecieron por primera vez durante esa etapa legislativa el reconocimiento a una contrapartida por la cesión al productor (art. 1 Ley del cine) o al

3.2 Primera manifestación del derecho de comunicación pública

En el régimen de la Ley de 1879 la única forma de utilización de las obras dramáticas y musicales era a través de la “representación y ejecución pública”,⁵⁴ caracterizados por la inmediatez de la obra con el espectador. Estos actos eran ya reconocidos popularmente como comunicación pública,⁵⁵ noción entendida en esta etapa legislativa como el acto por el cual una pluralidad de personas tenía acceso a una obra en un mismo lugar y a un mismo tiempo.

Como se pondrá de manifiesto en el presente apartado, durante la amplia vigencia de la Ley de 1879, fueron desarrollándose nuevos adelantos que dieron lugar a un cambio profundo en los derechos de propiedad intelectual, pues la regulación existente no podía dar cobertura jurídica a las situaciones que se iban dando como consecuencia de la aparición de nuevos adelantos técnicos. Entre éstos cabe citar la creación y desarrollo de aparatos de reproducción, fotocopadoras, emisoras sonoras, sistemas de multiplicación o, por último, la puesta a disposición al público de obras en salas de cine, que con mucho éxito se incorporaron a la vida cotidiana de la sociedad.

Debido a la dilatada vigencia de este texto normativo y a la aparición de

editor (art. 20.1 Ley del Libro) de los derechos de explotación de la obra. Vid. MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit., p. 125.

⁵⁴ Al respecto, resulta trascendente lo contenido en el artículo 19 la Ley de 1879, según el cual: “*No se podrá ejecutar en teatro ni sitio público alguno, en todo ni en parte, ninguna composición dramática ó musical sin previo permiso del propietario*” pues al conceder la potestad de decidir al autor la ejecución de la obra parece suponer que estamos ante la configuración previa de lo que hoy conocemos como derecho de comunicación pública. Vid. también art. 61 y ss. del Reglamento de 1880.

⁵⁵ Recordamos que aún no se encuentra recogido en este texto legal de 1879, sin embargo en la práctica se le atribuía a estos actos de difusión de la obra intelectual como era la representación y ejecución teatral y musical.

nuevas formas de difusión de las obras del ingenio, la concepción de lo que era un acto de comunicación pública se amplió, incluyéndose en su contenido la proyección y ejecución cinematográfica y posteriormente, la ejecución por medio de aparatos mecánicos receptores de radio y televisión en locales o sitios públicos.⁵⁶

Por otra parte, esa larga vigencia de la Ley de 1879 trajo como principal consecuencia la notoria insuficiencia tanto de este texto legal como de su Reglamento de 1880, para resolver las complejidades de la época; concretamente, en las referidas al cine, se hizo necesario la publicación de una nueva Ley que diera solución a ello. Así surgió la Ley 17/1966 de 31 de mayo sobre derechos de propiedad intelectual de obras cinematográficas de 1966, destinada a proteger a los productores y a sus cesionarios o causahabientes facultándoles para *proyectar públicamente dichas copias en las salas destinadas al efecto, sin ninguna restricción ni limitación*.⁵⁷

Sin duda, esta forma de comunicación supuso un avance en el modo en que el espectador tenía acceso a la obra. En efecto, las ejecuciones cinematográficas se caracterizaban por la existencia de un soporte físico, lo que las diferenciaba de las anteriores formas de comunicación pública, como eran la representación y ejecución de la obra dramática y musical. Para que el destinatario la pudiera disfrutar, era necesario (y lo sigue siendo) que ésta estuviera recogida en un soporte físico a partir del cual pudiera ser reproducida, pero que no se encontrara a disposición del espectador.

⁵⁶ Vid. FERNÁNDEZ-SHAW, F., Derechos de autor en la radiodifusión española, *ADC*, 1975, n° XXVIII, p.343.

⁵⁷ Vid. Artículo Primero de la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas.

Esta importante novedad no se limitará en un futuro a esta forma de comunicación pública a través del cine sino que será utilizada en muchos otros modos que perduran en la actualidad⁵⁸ en las que se ha mantenido el carácter de inmediatez que dispone la representación de una obra con respecto al espectador. Ambas características, soporte e inmediatez, marcan un antes y un después en el modo de acceso del público a la obra que puso en evidencia las notables transformaciones que se estaban produciendo en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual. Por ello, podría afirmarse que la proyección en salas de las obras cinematográficas se puede tomar como el origen de lo que hoy conocemos como derecho de puesta a disposición al público, tema central del presente trabajo.

3.3 Apuntes sobre la situación internacional contemporánea a la Ley de 1879

A pesar de las importantes novedades que supuso la Ley de 1879 respecto de su antecesora, sin embargo, en comparación con la regulación que existía en los ordenamientos internacionales vigentes en la época, nuestra Ley de 1879 sufría destacadas carencias. Y es que ésta se encontraba plácidamente acomodada en nuestro país sin ningún vestigio de reforma que recogiera expresamente el derecho moral o nuevas formas de explotación de la obra; por el contrario, a nivel internacional los textos aprobados sí parecían hacerse eco de los cambios que se estaban produciendo en la sociedad. De hecho, el proceso de

⁵⁸ Con ello nos referimos principalmente, en orden cronológico, a los discos de vinilo, cassettes, CDs, pendrives, MP3, etc... todos ellos han venido siendo soportes caracterizados por contener obras intelectuales protegidas por derechos de autor, que han venido desarrollándose progresivamente.

reforma y actualización posterior de nuestro régimen jurídico relativo a la propiedad intelectual devino en gran parte como consecuencia de un conjunto de convenios bilaterales e internacionales cuya finalidad era, precisamente, la de proteger esos derechos en un mundo que empezaba a ser cada vez más globalizado.

En efecto, cuando en España aún no se conocían los derechos morales, éstos fueron ya reconocidos a nivel internacional. La “Asociación Literaria y Artística Internacional” (ALAI) redactó el proyecto que posteriormente dio origen al conocido Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886.⁵⁹ Este texto nació con el propósito de “*proteger de modo más eficaz y uniforme los posibles derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas*”.⁶⁰

Este convenio firmado por diez Estados, entre ellos España,⁶¹ tuvo un importante papel armonizador, pues fue actualizando y unificando aquellas legislaciones que se encontraban más atrasadas aportando nuevas nociones; al respecto cabe destacar la definición del derecho moral, introducido en el Convenio de Berna tras su reforma sufrida en Roma en 1928, reconociéndolo en su artículo 6 bis⁶² y no incorporado al ordenamiento español de forma expresa hasta la Ley de 1987.

⁵⁹ Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La propiedad intelectual en el Derecho internacional privado español*, Granada 1994, p. 48 y 49. A criterio de CARRASCOSA el Convenio de Berna es la pieza clave de la protección internacional de los derechos de autor.

⁶⁰ Exposición de motivos del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886.

⁶¹ Firma el Convenio el 9 de septiembre de 1886 y lo ratifica el 5 de septiembre de 1887.

⁶² “1) *Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.*”

Por su parte, en cuanto al derecho de comunicación pública, se recoge en su artículo 11 bis, Apdo. 1, incorporado tras la revisión de París en el año 1971, en el que se dispone lo siguiente:

“1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

(i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;

(ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;

*(iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.”*⁶³

Del mismo modo, la Convención Universal sobre Derechos de Autor de Ginebra de 1952⁶⁴ ya hacía alusión implícitamente a este derecho tras la revisión de París de 1971, pues aunque no incorporaba una noción expresa de comunicación pública, de representación escénica o actos similares a los contenidos en el actual artículo 20 de la LPI de 1987, sin embargo sí incorporó la “radiodifusión” como forma de divulgación incorporal.⁶⁵

⁶³ Hay doctrina que apunta que esta incorporación en el Convenio vino motivada por las influencias alemanas pues ya en 1965 entró en vigor la Ley alemana Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) de 9 de septiembre de 1965, donde se recogía la expresión comunicación pública. Vid. MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual...* op. cit. p. 267. La expresión “comunicación pública” aparece en la Convención de Berna tras la revisión de París en el año 1971 para referirse a la radiodifusión, siendo tal revisión posterior a la entrada en vigor de la Ley alemana de 1965.

⁶⁴ Firmada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971 y ratificada por España el 7 de marzo de 1974 (BOE de 15 de enero de 1975).

⁶⁵ Por ejemplo, tras la revisión de París de 1971 se incluye el artículo IV bis a la Convención Universal sobre Derechos de Autor disponiendo que “1. Los derechos mencionados en el artículo I comprenden los fundamentales que aseguran la protección de los intereses patrimoniales del autor, incluso el derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio, la representación y ejecución pública y la

Lo relevante de ambos convenios internacionales en relación con el objeto de nuestra investigación es el reconocimiento del derecho exclusivo del autor a autorizar la comunicación pública de sus obras.

Otros textos relevantes de la época fueron el Convenio de 14 de julio de 1967 que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, realizada en Roma el 26 de octubre de 1961; y, por último, el Convenio de 29 de octubre de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

En conclusión, como hemos mencionado durante este periodo normativo se fueron introduciendo nuevos instrumentos que posibilitaban la comunicación pública de obras intelectuales, como el sistema radiofónico, aparatos de proyección, el hilo, el cable...De este modo, frente al periodo anterior en el cual únicamente existía la comunicación directa de la obra caracterizada por la inmediatez entre la obra y el espectador, con el avance en tecnología se da la opción de que las creaciones intelectuales pudieran llegar al espectador a través de otros medios diferentes a los hasta entonces disponibles y utilizados permitiendo así disfrutar de las creaciones intelectuales de forma indirecta.

radiodifusión. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a las obras protegidas por la presente Convención, en su forma original o en cualquier forma reconocible derivada del original.”

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1987

1. Consideraciones generales

Los profundos cambios tecnológicos que estaba experimentando la sociedad y la influencia que tenían en el ámbito de los derechos de autor, unido a la amplia vigencia de la Ley de 1879 puso de manifiesto la necesidad de un cambio normativo importante.⁶⁶ A ello había que añadir la ausencia de una regulación de los derechos morales ya recogidos en el Convenio de Berna desde hacía más de 50 años. La necesidad de dicho cambio la recoge el legislador español en el Preámbulo de la Ley de 1987 en los siguientes términos “*Las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual...*”⁶⁷

⁶⁶ Según RODRIGUEZ TAPIA, J. M., Siete Derechos en busca de Autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, en *ADC*, 1988, 1, p. 237, la LPI de 1879 fue una norma centrada en las obras dramáticas y musicales, destinada en gran parte a regular la representación y ejecución de las mismas en los teatros, y que en cambio tuvo desatendidas tanto a las obras literarias como las obras audiovisuales, lo que motivó a la creación de normas posteriores que regularan este tipo de obras, esto es, la ley 17/1966 de 31 de mayo sobre películas cinematográficas y la Ley 9/75 de 12 de marzo del libro.

⁶⁷ Preámbulo de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

Esta necesidad de reforma de nuestro ordenamiento jurídico en materia de propiedad intelectual se plasmó en un nuevo texto normativo:⁶⁸ la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual.⁶⁹

Respecto de su estructura, el nuevo texto estaba compuesto por 148 artículos, cinco Disposiciones Adicionales, ocho Disposiciones Transitorias y una Disposición Derogatoria. En comparación con los anteriores textos, es mucho más compleja y extensa tanto en su estructura como en su contenido.

Esta Ley 22/1987, de 11 de noviembre, se organiza sobre dos conjuntos normativos claramente diferenciados. El primero, contiene la declaración de derechos sustantivos y comprende el Libro I y II y el segundo está destinado a la regulación de las acciones y procedimientos para la protección de dichos derechos, contenido en el Libro III.

Dentro de las numerosas novedades que introduce este texto legal, vamos a destacar tres fundamentalmente. En primer lugar, esta Ley destaca por el reconocimiento por primera vez del “derecho moral de autor,”⁷⁰ que no había sido

⁶⁸ Vid. CARBAJO GONZÁLEZ, J., “La nueva regulación en materia de propiedad intelectual”, AC, núm. 38, 1989, op. cit. p. 2.965 y ss., considera como posible explicación a este retraso normativo al hecho de haberse ido dictando disposiciones concretas sobre la materia que han podido ir cubriendo las necesidades normativas como pudiera ser la Ley sobre derechos de Propiedad Intelectual en las obras cinematográficas de 31 de mayo de 1966, así como al hecho de haber ratificado convenios internacionales. Por otro lado, la reforma ha venido motivada por las modificaciones producidas en Derecho Comparado de autor, y por las influencias de las discusiones que se venían planteando a cerca de los problemas suscitados por el uso de las nuevas tecnologías. RODRIGUEZ TAPIA, J. M., op. cit., p. 237.

⁶⁹ Señalar el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1985, publicado en el Boletín Oficial del Congreso el día 1 de febrero de 1986, como predecesora de la ley de 1987.

⁷⁰ Artículo 2 de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual: “La Propiedad Intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”. Los llamados

incorporado de forma expresa en ningún texto normativo español.⁷¹ Esto supone alejarse al fin del carácter exclusivamente patrimonial de los derechos estableciéndose, por tanto, otra categoría de derechos, los derechos morales o personales que tenían una naturaleza intrasmisible e inalienable y que constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra.⁷²

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, otra gran novedad en los derechos de propiedad intelectual es el reconocimiento y tutela de los derechos de propiedad intelectual por el sólo hecho de la creación de la obra.⁷³

derechos morales se contienen en el artículo 14 de la Ley son irrenunciables, inembargables e inalienables y son: **Derecho de divulgación**, entendida como el derecho a decidir si el autor publica o no su obra, encontrándose íntimamente relacionada con los derechos de explotación. **Derecho de paternidad**, esto es, una vez divulgada la obra, el autor tiene derecho a decidir el reconocer o no la obra como suya en el sentido de mostrar su identidad al público, existiendo mecanismos en su caso como la utilización de seudónimos, signos o directamente el anonimato. **Derecho a la integridad de la obra**, esto es, el derecho a la inalterabilidad de la obra, a impedir cualquier tipo de cambio o agresión contra ella que desvirtúe la obra original, aunque una vez más son los tribunales los que establecen límites a este derecho valorándose caso por caso. **Derecho de modificación**, que supone el derecho del propio autor a poder modificar su obra, aunque para ello se habrá que tener en cuenta por un lado si sobre esa obra existen o no derechos de explotación cedidos a un tercero y por otro si dicha modificación supondría la creación de una nueva obra o simplemente la modificación de la existente. En cualquier caso los efectos serían diferentes y conllevaría diferentes consecuencias jurídicas, que el propio autor en el ejercicio de su derecho debería valorar. Así mismo ocurre en los casos en que una obra sea declarada de interés cultural en vida del autor suponiendo por tanto un importante límite al derecho de modificación. **Derecho de retirada o arrepentimiento**, que estén relacionados con un “cambio de sus convicciones intelectuales o morales”, para ello la Ley prevé que para los casos en que una vez publicada una obra cediendo derechos de explotación a un tercero el autor desee ejercer su derecho de retirada deba indemnizarle previamente en concepto de daños y perjuicios, así mismo, cuando se decida reexplotar la obra hay que ofrecerla previamente a quien ostentaba los derechos de explotación anteriormente. **Derecho al ejemplar único o raro de la obra**, esto es, el autor puede acceder a la obra cuando esté en posesión de un tercero, ello enmarcado a unas limitaciones para su ejercicio.

⁷¹ Vid. GUAL DE SOJO, A., “La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico”. R.J.C. núm. 4, 1988, p. 885. Para GUAL DE SOJO, la inclusión del derecho moral de autor constituye el mayor logro de los que se propuso el legislador al emprender la modificación del texto regulador..

⁷² La jurisprudencia del Tribunal Supremo comenzó a pronunciarse sobre la infracción de los derechos morales, así por ejemplo la sentencia de 29 de junio de 1995, sobre el error en la autoría atribuida a la escultura la Batalla de las Navas de Tolosa en una fotografía contenida en la Gran Enciclopedia de Andalucía. Ejemplo también es la STS (Sala 1ª) de 14 de diciembre de 1993, según el tribunal reconoce una violación, olvido o silenciado de los derechos de demandante al reconocimiento de su consideración de autor en colaboración del proyecto de obra del teatro-cine coliseo España, de Sevilla, tras una publicación realizada por la demandada la cual sólo atribuía la autoría a un arquitecto, omitiendo dato sobre la coautoría que le correspondía al demandante.

⁷³ El artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación. Pero la Ley además exige otros requisitos que a continuación vamos a señalar: **Originalidad** de la obra. Existiendo la dificultad de concretar qué se entiende por original pues la ley no dice nada al respecto, por lo que son los Tribunales los que tienen

Hasta entonces, los derechos de propiedad intelectual sólo se reconocían tras inscribirse en un registro específico para ello.⁷⁴ Ya deja de ser necesario supeditarse a ninguna formalidad para poder ser titular de los derechos de propiedad intelectual, basta con la propia creación de la obra para que sean reconocidos a su autor.⁷⁵ En palabras de BAYLOS CORROZA,⁷⁶ *se atribuye, pues, a la protección jurídica al autor la finalidad que verdaderamente le corresponde, de extenderse a la totalidad de los intereses morales y económicos que la obra representa para él.*

La tercera novedad, son las disposiciones de carácter general sobre la transmisión de derechos de explotación contenidas en el Capítulo I, Título V las cuales revisten destacada importancia en cuanto constituyen el régimen general específico sobre esta materia en el ámbito de los derechos de autor y tienen el carácter de preceptos generales que otorgan a los autores o a sus derechohabientes determinados beneficios que, salvo disposiciones de la propia Ley, son irrenunciables; igualmente, la regulación contenida en el Capítulo II del Título V referida a los contratos de edición y representación. La finalidad de esta regulación es que los derechos y obligaciones de los autores, así como de los cesionarios de los derechos de explotación, puedan quedar delimitados, en beneficio de ambas partes, mediante la aplicación de un justo equilibrio entre las normas de derecho necesario y el principio de autonomía de la voluntad, aunque

un papel fundamental en ir perfilando las líneas del concepto caso por caso. Necesidad de que sea **expresada**, señalando la Ley que la obra podrá ser expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Que el **autor** sea una persona natural aunque la realidad es que la Ley protege de igual forma a la persona física que a la jurídica. Cumplidos dichos requisitos al autor de una obra por su condición de tal se le confiere automáticamente de unos derechos morales y unos derechos patrimoniales.

⁷⁴ La Ley de 1879 subordinaba la protección al autor a la inscripción de su derecho en un Registro.

⁷⁵ La protección de la propiedad intelectual se reducía a dos vías según CHICO Y ORTIZ: *"La Constitución Española del año 1978 había reducido la protección de la propiedad intelectual a dos vías: "la judicial y la registral, ya que conforme al artículo 20 el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sólo puede acordarse por resolución judicial"*, CHICO Y ORTIZ, J. M., en "Principios y problemas...", op. cit., p. 1349.

⁷⁶ Vid. "Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual", en la RGLJ, 1987, p.529.

en realidad, el objetivo siempre sea proteger en primer lugar al autor por considerarse la parte más desprotegida en sus relaciones.

En definitiva esta nueva norma introduce una expresa regulación de la transmisión *inter vivos* de los derechos de autor, de tal modo que pueda transmitir los derechos de explotación, manteniendo la titularidad, y a la vez beneficiarse económicamente de los frutos obtenidos con su explotación. Recordemos, al respecto, que en las anteriores etapas legislativas, las Leyes no contemplaban la posibilidad que el autor explotara personalmente la obra, además, al asimilar la propiedad intelectual con la propiedad ordinaria contemplaban la transmisión de los derechos de explotación como un acto de disposición definitiva para el tercero, no obteniendo otro beneficio que el alcanzado como contraprestación de la enajenación de la obra.

En lo relativo al derecho objeto de nuestro estudio, hemos de destacar, la inclusión del derecho de “comunicación pública” por primera vez de forma expresa. En el texto anterior, la comunicación pública era entendida como el derecho a la libertad de expresión y difusión, considerados como no privativo de los autores o creadores sino del público en general, que operaba como receptor de la idea, pensamiento o creación artística, científica o cultural, así como también, de los organizadores de la difusión que actuaban como medio de comunicación entre aquéllos y éste. En la Ley de 1987 el artículo en el que se menciona por primera vez este derecho de forma expresa es en el 17⁷⁷ atribuyendo al derecho de comunicación pública junto con los derechos de reproducción, distribución y transformación la cualidad de derechos de explotación exclusivos del autor. Hasta ahora, dentro de los “derechos de explotación”,

⁷⁷ El art. 17 de la Ley de 1987 dispone que “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”.

entendidos como el aspecto patrimonial del derecho de autor, solo se incluía el “derecho de reproducción” y el “derecho de representación pública”. Se consigue, por tanto, ampliar el contenido de los derechos que se reconocen al autor lo cual redundaba en una mayor protección.

De este modo, el derecho de comunicación pública se introduce como una de las formas de explotación de la obra intelectual que reconoce esta Ley. Pero el legislador no se limita a mencionarlo, sino que le dota de régimen jurídico, incluyendo una definición de comunicación pública directa e indirecta en el artículo 20, con el siguiente tenor literal: *“1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.”

En el párrafo segundo se establece una lista no exhaustiva de las distintas modalidades de este derecho:

2. Especialmente, son actos de comunicación pública:

a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.

b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.

c) La emisión de cualquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El

concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación.

d) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por Entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.

f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión,

g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas.”

De este modo, se alcanza a configurar el derecho de comunicación pública como uno de los derechos de explotación que integran el derecho de propiedad intelectual dentro del monopolio del autor;⁷⁸ como tendremos ocasión de analizar en las páginas siguientes, se trata de una regulación que ha ido sufriendo sucesivas reformas a fin de adaptar este derecho a los avances tecnológicos.

Por último, se establece la limitación de la duración de los derechos de

⁷⁸ Así, LACRUZ BERDEJO, J.L. en *Elementos de Derecho Civil*, III, volumen 1.º, 3.º parte. Barcelona, 1990 (reimpreso en 1991) p. 504, considera que *El aspecto pecuniario del derecho sobre la obra literaria o artística se concreta en el disfrute económico de ella por el autor mediante su monopolio de explotación temporal o derecho de exclusiva, que abarca cualquier medio de difusión de la misma: según la cláusula general del art. 17, “los derechos de explotación en cualquier forma”, y por tanto, lo mismo la facultad de obtener directamente el autor de su producción literaria o artística los posibles beneficios o pérdidas (editando él a su costa el libro...o dando el cuadro a un marchante a comisión para que le encuentre comprador); como la de ceder a un tercero su aprovechamiento por el tiempo y en las condiciones que estipule...*

explotación a setenta años tras la muerte del autor y se amplían determinados derechos que regulan el funcionamiento de las Entidades de Gestión permitiendo de este modo el reconocimiento de otras entidades que no fueran sólo la SGAE.

Con esta regulación se daba una adecuada satisfacción a los legítimos intereses de un importante sector profesional e industrial estrechamente vinculados a la cultura, mediante la modernización del régimen jurídico de los derechos de propiedad intelectual, con el propósito de dar solución a los problemas de quienes a través de sus obras incrementan a la cultura y benefician al resto de la sociedad.

2. El derecho de comunicación pública: concepto y requisitos

Como sabemos, la “comunicación pública” de una obra es una de las formas de explotación de los derechos de autor reconocidos ya en la Ley de 1987. Como cualquier otro derecho de explotación, se atribuye al autor de forma exclusiva, y por tanto no puede ser realizada sin su autorización o consentimiento.

La inclusión de este derecho en nuestro ordenamiento se lleva a cabo formulando un concepto amplio, dado que “*se trata de toda actividad que ponga en contacto una obra intelectual con un público por cualquier medio*”.⁷⁹ En dicho concepto destacan pues dos elementos: el acto de emisión de la obra, y la recepción de la misma; en particular ha sido así entendido por el propio Tribunal

⁷⁹ Vid. Sentencia de la AP de Madrid de 5 de mayo de 1993.

Supremo en su sentencia de 19 julio 1993, al considerar que en el concepto legal del art. 20 “*cabe tanto la emisión original como la recepción que facilita su conocimiento*”.⁸⁰ En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 5 mayo de 1993, según la cual “*el art. 20.1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11-11-1987 dispone que “se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”; se trata de toda actividad que ponga en contacto una obra intelectual con un público, por cualquier medio, a excepción de la comunicación llevada a cabo en un “ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*”.⁸¹

Como ya se apuntó, el artículo 20 de la Ley de 1987 está compuesto de dos apartados; un apartado primero dedicado a definir el concepto de comunicación pública, y un segundo apartado que contiene una lista ejemplificativa de actos de comunicación pública.

Comenzaremos nuestro estudio analizando el primer apartado, que viene a crear un concepto de derecho de comunicación pública, y ello lo lleva a cabo en dos vertientes, una en sentido positivo y otra en sentido negativo. En sentido positivo se afirma: “*Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*”

El contenido de este concepto positivo de comunicación pública encierra cuatro requisitos que son los que determinan su propia configuración, los cuales

⁸⁰ Vid. comentarios sobre esta sentencia de PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “Comentario a la sentencia de 19 de julio de 1993” en *CCJC*, núm. 33, 1993, p. 953-962.

⁸¹ Vid. SAP de Madrid de 5 mayo 1993. Rollo de Apelación núm. 305/1993.

deben de cumplirse en cualquier caso.

a. La primera exigencia que proclama este artículo es que el *acto*, es decir, el ejercicio del derecho de comunicación pública debe ser llevado a cabo por el propio autor, o estar previamente autorizado por él. De no ser así, se estaría violando el derecho de explotación exclusivo del autor, consagrado en el artículo 17 de la Ley, con sus correspondientes consecuencias legales.

Es necesario aclarar además que el derecho exclusivo es respecto de cada acto de comunicación pública, lo cual significa que cabe la posibilidad que distintos actos se refieran a la misma obra; en todo caso el autor es quien debe autorizar cada uno de esos actos.

El hecho de que sea el propio autor quien tenga atribuida la facultad de decidir si su obra puede ser comunicada al público y la importancia que este derecho tiene como forma de hacer llegar las creaciones intelectuales a la sociedad, ha sido reconocido por la jurisprudencia; así, por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991,⁸² según la cual a los autores les *“asiste la facultad de comunicar a los demás sus creaciones, que de esta manera se exteriorizan y acrecentan el haber cultural de cada uno y el social de la colectividad receptora, pues el proceso de creatividad, partiendo de un momento culminante e iniciador, cual es la producción de la obra, en la que el autor se enfrenta en solidad a su inquietud, talento, afanes de búsqueda y plasmación no se agota con lo hecho, sino que su creación se perpetúa, mediante la proyección comunicativa con los que tienen acceso a la misma, formándose de esta manera, un proceso continuado de recreación, debido a la actualización a*

⁸² Vid. STS de 3 de junio de 1991, Sala 1ª, (RJ 1991/4407).

que continuamente se la somete".⁸³ Se reconoce pues que es el autor quién tiene la "facultad de comunicar" como forma de explotación de la obra.

b. El segundo requisito que se menciona en el artículo 20 para que exista un acto de comunicación pública es que ésta tenga como destinatario a una *pluralidad de personas*.

El legislador español, no ha sido claro en este aspecto, pues no determina qué se entiende por pluralidad de personas, ni establece un número de individuos, mínimo o máximo, para delimitar el concepto el cual resulta, por tanto, poco preciso.

La doctrina española ha considerado que los destinatarios de las obras han de ser un grupo indeterminado de personas, tanto cualitativa como cuantitativamente, relativamente abierto y que no tengan entre ellos vínculos personales.⁸⁴ Asimismo, se ha mantenido la opinión de que para que exista comunicación pública, el número de personas que puede tener acceso a la obra en todo caso ha de ser superior a uno.⁸⁵

⁸³ La controversia judicial se centraba en que el recurrente, cedió gratuitamente al Patronato Municipal de Cultura, Juventud y Deportes de Móstoles cuarenta y siete obras pictóricas, a fin de ser mostradas al público en los salones del centro «Joan Miró» de dicha población. Una vez que acabó el periodo de exposición pública y le fueron devueltas las obras, éstas presentaban desperfectos, por lo que reclamó una indemnización al Patronato por la reparación indemnizatoria por los daños a las pinturas, más la correspondiente a la propiedad artística y perjuicios ocasionados por la inmovilidad temporal de las obras.

⁸⁴ Vid. ERDONZAIN, JC, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid 2002. Según el cual, si el acto de acceso a la obra o prestación tiene lugar efectivamente en un ámbito espacial reducido y limitado, en el que se dé un acceso al público, el acto no debe ser entendido como derecho de comunicación, sino de recepción. Así pues, considera que el concepto de pluralidad de personas no debería medirse exclusivamente por la dimensión absoluta de los destinatarios de la comunicación, sino por la medida relativa que esos destinatarios tienen a través de la sucesión del tiempo o del espacio, o de la dimensión económica derivada de su explotación.

⁸⁵ Vid. RIVERO HERNANDEZ, F., "Comentarios al art. 20", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., Madrid, 1989, p. 375.

Por otra parte, la jurisprudencia ha resuelto este tema fundamentalmente a partir de la resolución de un conjunto de litigios en los que el punto de conflicto era la recepción de emisiones en las habitaciones de los hoteles. Al respecto, significativa fue la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de marzo de 1996,⁸⁶ en el que se plantea la problemática de lo que se entiende por pluralidad de personas en relación con el ámbito doméstico;⁸⁷ n concreto se discutía si los titulares de un establecimiento hotelero estaban obligados al pago de derechos de autor por las emisiones de radio en las dependencias abiertas al público, porque dichas emisiones eran susceptibles de ser calificadas como comunicación pública, sobre lo cual se resuelve: *“En primer lugar, lo que tiene en cuenta el artículo 20 para que se dé comunicación pública son aquellos actos en los que una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra creativa y en lugar accesible al público, por lo que no se precisa una concurrencia simultánea, sino que puede ser sucesiva-tratándose de habitaciones-, siempre que quepa la comparecencia plural y aleje situación de utilización exclusivamente privada.”*⁸⁸

La única limitación al respecto viene dada en cuanto se excluye del concepto de comunicación pública aquellos actos celebrados *“dentro de un ámbito estrictamente doméstico”* como veremos a continuación. Es decir, estaremos ante un acto de comunicación pública ex. art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual siempre que exista una pluralidad de personas y no se desarrolle en un ámbito doméstico.

⁸⁶ Vid. STS, Sala de lo Civil, núm. 180/1996 de 11 de marzo, así como Comentario de esta Sentencia de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario de la STS de 11 de marzo de 1996”, en *CCJC*, núm. 41 (1996), p.825-834.

⁸⁷ Sobre el ámbito doméstico tratamos más adelante.

⁸⁸ Vid. STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 1996.

c. En tercer lugar, el primer párrafo del artículo 20 de la Ley exige que la obra ha de ser *accesible* por esa pluralidad de personas.

La comunicación pública no tendría sentido sin la existencia de un público a quien vaya destinada y que pueda recibir lo comunicado.⁸⁹ No obstante, no es necesario que la obra sea efectivamente recibida. Este punto también fue objeto de análisis en la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996,⁹⁰ según la cual basta con la *posibilidad* de que los clientes del hotel enciendan los aparatos de televisión para que haya comunicación pública; esta resolución además señala que no cabe excluir en cualquier caso la comunicación pública en aquellos supuestos en los que ésta se produzca en un ámbito de privacidad como pudieran ser las habitaciones hoteleras. En esta resolución, el Alto Tribunal asimila los dormitorios del hotel a las zonas de vestíbulo, por cuanto considera que en cualquiera de los dos casos los huéspedes pueden utilizar y disfrutar de las instalaciones reproductoras de sonido, como un servicio más de los prestados por el hotel.

Sin embargo hay Tribunales que consideran posible eximir de la obligación de abono de los derechos de autor si se prueba que el televisor sólo fue

⁸⁹ Tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 14 de noviembre de 1991, el derecho de comunicación pública comprende por un lado la emisión de la obra, y por otro, la recepción de la misma, “*dado que sin una o sin la otra, la actividad creadora del autor no se difundiría entre los radio o televidentes, constituyendo ambas, estadios inicial y último del proceso comunicativo*”

⁹⁰ Vid. STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 1996. Para mayor abundamiento, la misma resolución menciona otra Sentencia de la misma Sala de 19 de julio de 1993, fundamentándose en las normas internacionales ya vigentes en la época que tanto influenciaron el régimen jurídico de la propiedad intelectual en España, argumentando que dicha Sentencia “*sienta que la norma especial 20.2, f) –que se aduce como infringida–, deriva del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, revisado en París el 24 de julio de 1971 y que España ratificó a medio de Instrumento de 2 julio 1973 (BOE de 30 de octubre de 1974), cuyo artículo 11 bis.1 concede a los autores el derecho de autorizar, entre otros, la comunicación pública mediante altavoces o cualesquiera otros instrumentos análogos transmisores de signos, sonidos o de imágenes de la obra radio difundida, con lo que del pago de las tarifas correspondientes no se eximen los receptores de las emisiones de obras con amparo legal, por todo lo cual la prestación dineraria que se impone a la sociedad recurrente alcanza la debida justificación, atendiendo a la base fáctica firme que la apoya, ya que como declaró la sentencia mencionada, la utilización gratuita por extraños con fines lucrativos supondría enriquecimiento no justificado.*”

encendido para ver programas informativos no sujetos a derechos de autor, y que en definitiva no siempre que se enciende un aparato de televisión se produce un acto de comunicación pública según ha precisado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de marzo de 1995.⁹¹

Al igual que sucedía con la delimitación de la noción de *pluralidad de personas*, también la expresión *acceder* ha planteado problemas de interpretación de la norma pues no se indica de qué modo la pluralidad de personas debe acceder a la obra. Esta ausencia de precisión parece permitir que tenga cabida tanto la opción de que sea de forma simultánea o de forma sucesiva, directa o indirectamente.⁹² Si bien, lo que resulta indudable es que para que un acto sea considerado como comunicación pública, la obra debe poder llegar a otras personas por algún modo sensorial, ya que no tendría sentido el derecho de comunicación pública si la obra no fuera destinada a personas que además tuvieran la posibilidad de acceder a ella.

d. *“Sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. Esta última exigencia diferencia la comunicación pública de otros derechos de explotación enumerados en el art. 17 TRLPI; más exactamente con los derechos de distribución y de reproducción donde sí existen ejemplares de las obras disponibles para el público. Así, por un lado, el derecho de reproducción se caracteriza por la existencia de copias de la obra o la posibilidad de disponer de ellas; por otro lado, el derecho de distribución se caracteriza porque esas copias se distribuyen públicamente. Por el contrario, el derecho de comunicación pública se caracteriza porque la obra se hace accesible al público sin que existan copias ni la posibilidad de distribución física de éstas a una pluralidad de sujetos.*

⁹¹ Vid. STS, Sala 1ª, de 11 de marzo de 1996.

⁹² En apoyo de esta solución de nuevo la Sentencia del Alto Tribunal de 11 de marzo de 1996 cuando señala: “(...) no se precisa un concurrencia simultánea, sino que pueda ser sucesiva, siempre que quepa la comparecencia plural y aleje la situación de utilización exclusivamente privada.”

Por tanto, cuando en el artículo 20.1 de la Ley identifica este derecho con el “acceso a la obra sin la previa distribución de ejemplares...” significa que el fundamento de la comunicación pública es esa falta de fijación de la obra en un soporte y la obtención de ejemplares para ser distribuida al público. Esto no impide que en determinados actos de comunicación pública se utilicen fijaciones materiales de la obra a partir de la cual se lleva a cabo el acto de comunicación pública; por ejemplo, puede suceder con un nuevo single que suena en la radio, el cual se encuentra materializado previamente pero llega al público a través de un medio de comunicación incorpóreo, a diferencia de lo que ocurre con un libro, el cual no puede distribuirse de otro modo que materializado de forma impresa.

La razón de ser de incluir dentro de la noción de comunicación pública aquellos supuestos en los que la obra estaba previamente fijada a un soporte fue debido, según tuvimos ocasión de poner de manifiesto a que ya existían en ese momento en la sociedad diversos tipos de soportes materiales que podían contener la obra; como sabemos, la primera manifestación de dicha novedad fueron las obras cinematográficas expuestas en las salas de cine, las cuales se encontraban fijadas en un soporte no accesible al público. Algo similar sucedió posteriormente con los cassettes y poco después los CDs.

De este modo, este último requisito que se incorpora a la noción de comunicación pública es fruto de la aparición de nuevos medios y procedimientos usados para hacer llegar la obra a esa pluralidad de personas.

Como ya se ha apuntado, dicha evolución trajo consigo, como principal consecuencia, una ampliación del concepto de comunicación pública, de tal forma

*que actualmente es posible distinguir entre actos de comunicación directa de la obra al público, caracterizados porque la obra no se incorpora a un soporte, como así sucedía en el teatro; y actos de comunicación indirecta*⁹³ *de la obra, caracterizados porque la obra es previamente fijada en un soporte material, como es un disco, antes de ser emitida al radioyente, por ejemplo. Volveremos sobre estas cuestiones al analizar la enumeración de los actos de comunicación pública recogida en el apartado 2 del artículo 20, donde se relacionan actos de comunicación pública que no exigen la previa existencia de un soporte y, otros actos de comunicación que en cambio sí lo exigen.*

En definitiva, como quedó expuesto en la introducción de este trabajo el derecho de comunicación pública va adaptando su configuración al hilo de la aparición de nuevos avances técnicos. Así, y en un primer momento, este derecho se manifiesta cuando el espectador percibe la obra por primera vez sin previa distribución de ejemplares; ello sucedía en las representaciones teatrales, musicales así como respecto de cualquier obra que llegara directamente al público de forma inmediata; posteriormente, la aparición de soportes determina la comunicación indirecta cuando ésta tiene que ir precedida de una fijación o grabación previa al público. Ahora bien, el público en esta fase no puede acceder a la obra en cualquier momento y en cualquier lugar, para ello era necesario un paso más en esa evolución caracterizado por la fijación de la obra en formato digital y la aparición de Internet como medio a través del cual fuera posible tener acceso a las mismas, etapa que será objeto de análisis en un capítulo posterior.

Una vez analizado el concepto del derecho de comunicación pública en sentido positivo, como hemos dicho, nuestro legislador también incluye una noción

⁹³ Vid. DESBOIS, H, *Le droit d'auteur en France*. París. 1966, p. 294 ss.; y COLOMBET, C., *Grandes principios del Derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de Derecho comparado*, traducción de Petite Almeida, Ediciones UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997, p. 204-205. La doctrina francesa así diferencia entre comunicación directa cuando los intérpretes están ante el público, y de indirecta cuando la comunicación tiene que ir precedida de una fijación o grabación previa en soporte material.

en sentido negativo en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 20, disponiendo lo siguiente: “*No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.*”

Lo que realiza pues nuestro legislador es crear excepciones a la regla general de la definición de comunicación pública, señalando en qué casos la concurrencia de determinados elementos impide que dicho acto pueda ser calificado como comunicación pública según la definición del nuestro artículo 20.

Del tenor literal del precepto se desprende que son dos las excepciones con las que nos encontramos y con ello, de nuevo, problemas de interpretación de la norma.

a. En primer lugar es preciso delimitar qué se entiende por *ámbito estrictamente doméstico*, tema que ha sido ampliamente discutido por la doctrina y jurisprudencia.

Al respecto, los autores han mostrado discrepancias en lo relativo a considerar “*doméstico*” y “*familiar*” como expresiones análogas. Para RIVERO HERNANDEZ,⁹⁴ ambas expresiones deben considerarse como iguales, dado que aunque ningún texto legal define *familiar*, sin duda “doméstico” indica lo relacionado con la casa y el círculo familiar y de allegados vinculados al hogar. En contra GARROTE⁹⁵ considera que, del análisis del trámite legislativo que condujo

⁹⁴ Vid. “Comentarios al art. 20”, op. cit., p.377.

⁹⁵ Vid. *El Derecho de Autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada 2001, p.261.

a la configuración de esta Ley de 1987,⁹⁶ se extrae lo contrario, entendiendo que en lo estrictamente doméstico cabría incluir algo más que a los familiares y amigos próximos a la familia. En esta línea considera ERDONZAIN⁹⁷ que la modificación del término “familiar” por el de “doméstico” ocurrida en el trámite legislativo, debe tener algún sentido, por lo que entiende que lo doméstico va más allá de lo estrictamente familiar, abarcando no sólo a los familiares y amigos próximos a la familia, sino también a personas que mantienen entre ellas relaciones que se califican de personales, como los miembros de una comunidad de vecinos.

Por su parte, la jurisprudencia entendió que bastaba con precisar que el acto fuera desarrollado entre las personas que estuvieran en el entorno familiar para considerar su exclusión del concepto de comunicación pública.⁹⁸

En este sentido, destaca nuevamente la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996,⁹⁹ la cual define la expresión en sentido negativo mediante una delimitación de lo que no debe considerarse como doméstico; ello lo realiza eliminando cualquier distinción entre los actos de comunicación pública realizados en las dependencias del hotel destinadas a vestíbulo y las efectuadas en los dormitorios, considerando que ambos espacios pueden ser entendidos excluidos de lo considerado como ámbito doméstico. Así,

⁹⁶ En la redacción original del Proyecto de Ley enviado por el Gobierno a las Cortes se negaba el carácter de público a las comunicaciones que se celebrasen “*dentro de un ámbito estrictamente familiar*”. El término “*estrictamente doméstico*” aparece posteriormente, en el Informe de la Ponencia del congreso, manteniéndose en el resto del trámite legislativo hasta la promulgación final de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987. Vid. El boletín Oficial de las Cortes Generales de 24 de noviembre de 1986, Congreso, Serie A, III Legislatura, núm. 14-1, p.4.; y Boletín Oficial de las Cortes Generales de 22 de abril de 1987, Congreso, Serie A, III Legislatura, núm. 14-7, p. 160.

⁹⁷ Vid. *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 384.

⁹⁸ Así, MOLAS VALVERDE, J., en *Propiedad Intelectual. Suma jurídica para la práctica forense*, Barcelona, 1962 p. 74 señala que *es necesario el previo consentimiento del autor o propietario y consiguiente pago de derechos cuando se representa o ejecuta, por el medio que sea, una obra literaria o musical, asistiendo al acto, aunque éste tenga lugar en un domicilio privado, un número de invitados que excluye el carácter de intimidad familiar.*

⁹⁹ Vid. STS (Sala 1ª) de 11 de marzo de 1996.

dispone que las habitaciones de hotel “*son ocupadas en un determinado momento por persona concreta y ello no impide ni aminora el concepto de hogar exclusivo, no es permanencial desde el momento en que cabe el acceso, más o menos dilatado a lo largo del tiempo, de otras personas que utilizan y disfrutan las instalaciones reproductoras de sonido, conforme un servicio más de los prestados y que se integra en la propia estructura de explotación comercial del establecimiento. A estos efectos el artículo 20.1, párrafo segundo, comprende todos lo ámbitos, no estrictamente domésticos que estén conectados o integrados en una red de difusión de cualquier tipo, para considerar pública la comunicación.*” En definitiva, como ya señalamos, se considera igual las zonas comunes del hotel que las habitaciones, aún reconociendo el carácter de privado de éstas últimas; sin embargo, en cualquier caso no tienen la consideración de domicilio a efectos de quedar excluidos del derecho definido en el artículo 20 de la Ley. Esta es la misma conclusión seguida por las resoluciones judiciales emanadas de algunas Sentencias de Audiencias Provinciales.¹⁰⁰

b. El segundo requisito en sentido negativo del artículo 20 es que el ámbito estrictamente doméstico “*no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier clase*”.

El fundamento de este requisito no es otro que poner límites a lo doméstico en relación a aquellos actos que por su naturaleza van destinados al público; es decir, que no todo acto de comunicación pública que se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico deja de ser forma de comunicación comprendido en el párrafo primero el artículo 20.

¹⁰⁰ Por ejemplo, la SAP de Baleares de 25 de septiembre de 1997, y la SAP de Guipúzcoa de 27 de abril de 2004 afirman que la consideración de las habitaciones hoteleras como domicilio a efectos constitucionales ha de tenerse en cuenta en el ámbito estrictamente penal, por lo que sí estamos ante actos de comunicación pública. La SAP de Pontevedra de 13 de febrero de 1996 estableció que la circunstancia de que las dependencias del hotel destinadas a habitación puedan servir al ámbito de privacidad, es algo que sólo afecta a la persona no desvirtúa o define el destino y finalidad pública de la comunicación.

En concreto, este enunciado estaba previsto para ser aplicado en el caso de los llamados videos comunitarios.¹⁰¹ El Tribunal Supremo vino a definir dicha actividad como la *“(...) consistente en la difusión de producciones cinematográficas recogidas en videogramas y transmitidas por cable coaxial a personas residentes en el Bloque de Edificios (...) recibéndolas en las pantallas de sus respectivos televisores”*.¹⁰² El legislador consideró que esta actividad suponía un acto de comunicación pública definido en el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual. Con esta afirmación se pretendía modificar la jurisprudencia dictada hasta entonces en relación a este tema, la cual estimaba que en estos casos *“la exhibición de material audiovisual realizada por Video Comunitario no tiene carácter público por cuanto va dirigida a los habitantes de un inmueble, sus familiares y personas que ellos inviten y permitan el acceso a sus domicilios, los cuales son locales privados”*.¹⁰³ Es decir, que el legislador incluye este apartado con el fin de considerar esta actividad como actos de comunicación pública y que los Tribunales no tuviesen más remedio que cambiar del criterio establecido hasta entonces.

En definitiva, el propósito de este apartado era definir *“con toda claridad la relación jurídica entre esos sistemas de comunicación pública y su exclusión del ámbito estrictamente familiar...”*¹⁰⁴ Al respecto, en opinión de GARROTE,¹⁰⁵ *el legislador presume, de forma un poco torpe, que si existe una infraestructura física que facilita la difusión de la obra no existen las condiciones de privacidad que fundamentan la existencia del régimen privilegiado que corresponde a las comunicaciones públicas*. Como decimos, su operatividad parecía estar limitada a

¹⁰¹ Así vid MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit. p.271; y, RIVERO HERNANDEZ, F. *“Comentarios al art.. 20”*, op. cit. p. 379.

¹⁰² Vid. STS, Sala 3º, de 17 de noviembre de 1986. F.D.2º.

¹⁰³ Vid. STS, Sala 3º, de 17 de noviembre de 1986. F.D.3º.

¹⁰⁴ Vid. El Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 11 de febrero de 1987, Congreso, Serie A, III Legislatura, núm. 14-6, p.51.

¹⁰⁵ Vid. *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p.264.

este tipo de actos caracterizados por que el modo en que la pluralidad de personas accedía a la obra era a través del video comunitario.¹⁰⁶

Respecto a las posibles dudas que pudiera plantear el tipo de red de difusión a la que se refiere el precepto, lo cierto es que el legislador no precisa nada sobre esta cuestión de forma que incluye a todas, lo cual significa que tienen cabida todas las existentes y las que fueran técnicamente posibles en el futuro.

3 Los actos de comunicación pública

Como hemos tenido ocasión de analizar, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, fue el punto de inflexión en cuanto a la regulación de los derechos de autor en el nuevo contexto social: el de las nuevas tecnologías; es en ese momento cuando se define el derecho de comunicación pública con la idea de incluir dentro del monopolio del autor distintas modalidades de comunicación. La comunicación pública es un derecho de explotación que puede manifestarse o concretarse en muchos actos diferentes, y por ello se estimó necesario incluir un listado ejemplificativo de dichos actos en el apartado 2 del artículo 20.

Es importante matizar que la lista de actos contenida en este apartado

¹⁰⁶ “Se obtiene de este contenido que siempre que los videos comunitarios cuyos cables invadan el dominio público (cruzando calles por ejemplo) se considerarán como televisión y, por tanto, comunicación pública, por lo que para difundir una obra determinada se precisará la autorización de los respectivos titulares del derecho” Vid. Circular sin fecha, núm. 2/1989, de la Fiscalía General del Estado, en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento, 1989.

segundo no supone un *numerus clausus* pues no dejan de ser ejemplos; no es por ello, una lista cerrada, sino que tiene cabida cualquier acto de comunicación pública, contenido o no en este precepto, siempre que concuerde dentro de la definición de comunicación pública expuesta en el párrafo 1º del mismo artículo.

En concreto, el párrafo segundo está compuesto por una lista de ocho apartados que, como decimos, en realidad son ejemplos de actos de comunicación pública. Así se extrae del propio contenido del precepto, el cual comienza del siguiente modo: “*Especialmente, son actos de comunicación pública...*”, y a continuación enumera cada uno de los actos.

Realizaremos a continuación un breve análisis de ese apartado 2 del artículo 20 de la Ley comenzando por los actos de comunicación pública caracterizados por la inmediatez entre la obra y el espectador, continuaremos con el acto de comunicación pública de las “obras de arte”, y por último, abordaremos los llamados actos de comunicación pública a distancia con los que finalizaremos la exposición.¹⁰⁷

Así, el primer apartado del artículo 20.2.a) se refiere a la “*Representación escénica, recitación, disertación y ejecución pública de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.*” Nos encontramos ante las únicas modalidades de comunicación pública que ya se contemplaban en el anterior texto normativo de la Ley de 1879 y en su Reglamento de 1880.¹⁰⁸ Los supuestos que se enumeran en este apartado son aquellos actos de comunicación pública en los que ésta se efectúa de forma

¹⁰⁷ No obstante conviene advertir, que éste no es el orden que sigue la Ley, y que el orden que seguimos para su exposición deviene de la sistemática empleada por autores como MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* op. cit., p. 271 y ss.

¹⁰⁸ Art. 19 y ss de la Ley de 1879 y Título II del Reglamento de 1880.

directa; esto es, se caracterizan por la simultaneidad y la inmediatez entre el emisor y el público. El hecho de que pueda utilizar cualquier medio o procedimiento como pudieran ser amplificadores de sonido, efectos especiales, marionetas, etc., no obsta a que se siga manteniendo esa simultaneidad y comunicación directa.

El segundo apartado, art. 20.2 b) de la Ley de Propiedad Intelectual alude a la “*Proyección o exhibición pública*” de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales. En este caso no estamos ante actos de comunicación directa de las obras, pues éstas se encuentran fijadas en un soporte material de forma previa a su posterior proyección al público; no obstante, como hemos señalado anteriormente, este modo de comunicación pública se caracteriza igualmente por la simultaneidad entre la obra y el público, factor en común con el apartado anterior.

Previamente, a su consagración en el art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual esta manifestación del derecho de comunicación pública aparecía recogida en la Ley 17/1966, de 31 de mayo sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas la cual se publicó con la finalidad de proteger a los productores y a sus cesionarios o causahabientes facultándoles para *proyectar públicamente dichas copias en las salas destinadas al efecto, sin ninguna restricción ni limitación*, resultando ser las primeras obras audiovisuales conocidas.

Debido al gran éxito económico y social de este acto de comunicación pública, hizo necesario promulgar una disposición de rango inferior, el Real Decreto 488/1988, de 22 de abril, para “*completar las vigentes normas de la exhibición cinematográfica, regulando estos nuevos sistemas y adaptándolos a la*

nueva legislación de derechos de autor”,¹⁰⁹ refiriéndose a la ya vigente Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

En tercer lugar y siguiendo la línea de exposición de MARCO MOLINA,¹¹⁰ realizaremos un salto hasta el apartado g) del artículo 20.2, para incluir dentro de los actos de comunicación pública aquellos en los que el público accede a la obra mediante “*La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones*”,¹¹¹ esta modalidad se caracteriza porque supone permitir el acceso al público de la obra cuando ésta se encuentra en poder de la persona que efectúa el acto de explotación que puede ser el propio creador o, como suele ocurrir generalmente, un tercero autorizado para exponerlo en una galería de arte, por ejemplo.¹¹²

Precisamente por mantenerse la obra en poder del titular del derecho de explotación MARCO MOLINA¹¹³ considera este acto como una forma de explotación *incorporal* a pesar de que la obra se encuentre materializada en un objeto físico; esto se debe a la difícil separación en este tipo de obras entre el *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, es decir entre la creación intelectual y su soporte físico. Argumenta su opinión en el hecho de que “*lo que caracteriza las formas de explotación corporal es “la puesta a disposición” de cada uno de los destinatarios (art. 20.1.1: “distribución a cada uno de ellos”; id. Art. 4, segunda*

¹⁰⁹ Vid. el Preámbulo del Real Decreto 448/1988, de 22 de abril, por el que se regula la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico.

¹¹⁰ “*La propiedad intelectual...*” *ob. cit.* p. 271 y ss.

¹¹¹ Referido a este apartado, PÉREZ DE CASTRO, N., “El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor al respeto de la obra”, en A.C., núm. 4, semana de 19/25 de enero de 1987, Tomo I, p.217 y ss.; *vid.* p. 226-227.

¹¹² Incluso al tercero adquirente de la obra se le reconoce el derecho de exposición pública, aún no habiendo sido previamente divulgada, a excepción del supuesto en que este derecho haya sido privado en el momento de la enajenación. Vid. art. 52. 2 de la Ley, según el cual “*No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.*”

¹¹³ Vid. MARCO MOLINA, J., *La Propiedad...* *op. cit.*, p. 289.

parte; art. 19) de dichas representaciones materiales de la obra”.

Por otro lado, el problema que se ha planteado en este apartado es determinar qué se entiende por “obras de arte”, pues en ningún precepto de la ley se define expresamente. Por ello, es preciso acudir al artículo 10 de la LPI que, como es sabido, en su párrafo primero define que se entiende por obra intelectual. El segundo apartado contiene una amplia enumeración de tipos o clases de obras intelectuales. Pues bien, en el análisis de dicha lista debemos detenernos en los apartados e), f), g) y h),¹¹⁴ esto es, las obras plásticas como esculturas, pinturas, grabados., las obras fotográficas, y los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, en la medida que son las modalidades de obras intelectuales susceptibles de actos de comunicación mediante su exposición pública.

Sin embargo, esta modalidad de comunicación pública no es nueva, su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico procede de nuestro anterior texto de 1879, concretamente de su artículo 9, el cual disponía que *la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales*

¹¹⁴ Vid. artículo 10 de la LPI de 1987 según el cual: “1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza

b) Las composiciones musicales, con o sin letra.

c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreográficas, las pantomimas y, en general, las obras teatrales.

d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía, y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.

i) Los programas de ordenador.2. El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.”

*permanecen reservados al autor o su derechohabiente.*¹¹⁵ En dicho precepto, más que regular la exposición pública como una modalidad del derecho de explotación objeto de nuestro estudio, se pretendía aclarar que el derecho de exposición pública correspondía siempre al autor o derechohabiente, aún enajenando la obra salvo que se estableciera expresamente lo contrario. El legislador se preocupa de precisar que la enajenación del soporte material al que se incorpora la obra no conlleva la posibilidad de que el adquirente pueda realizar una exposición de la obra. La solución recogida en la Ley de 1879 en el sentido de disponer que el derecho de exposición pública permanezca en poder del autor o derechohabiente, es justamente la contraria a la prevista a en el texto de 1987 cuyo artículo 56, se señala que: *1. El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última.*

2. No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional". En definitiva, en esta Ley de 1987, la disposición del derecho de exposición pública de la obra pertenece al tercero adquirente siempre que no haya sido excluido ese derecho en el momento de la enajenación de forma expresa por el autor, redacción que se ha mantenido hasta la actualidad.

¹¹⁵ A este artículo 9 de la Ley de 1879, se refiere MOLAS VALVERDE, J., op. cit., según el cual: *Es importante consignar, respecto al mismo artículo, la particularidad de que con él nuestra legislación reserva también al autor o a su derechohabiente el "derecho de exposición" pública de la obra de arte, si no ha sido expresamente enajenado también o renunciado...En su virtud, el comprador de una obra de arte no puede exponerla públicamente sin la debida autorización o el título de adquisición de este Derecho, que se lo permitan; en cambio el autor de la obra de arte que no lo haya cedido al comprador puede compeler a éste para que facilite la obra para la exhibición pública de la misma.*

Una vez examinados los actos de comunicación pública cuya nota distintiva es la existencia de simultaneidad entre la difusión de la obra y la recepción por el público, continuamos la exposición con aquellos actos caracterizados por ser el resultado ser actividades de comunicación o difusión a distancia, que vienen a ser los apartados c), d), e), f) y h) del artículo 20.2.

En primer lugar, el apartado c), considera como acto *“La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación”*. El legislador no exige que la obra tenga que llegar al público; de la redacción del precepto se desprende que su preocupación es delimitar cómo debería llegar, pero sin que se exija que llegue efectivamente a éste; por tanto, el emisor de la obra, por el mero hecho de hacerlo, debe de cumplir con las exigencias legales de la Ley. Por otro lado, se ha de señalar que en este supuesto no se limita qué tipo de obras pueden ser difundidas; así pues, se entiende que puede ser objeto de emisión aquellas obras que conforme a la Ley estén adaptadas para ser comunicadas por esta vía y por medio de signos, imágenes y/o sonidos.

La “emisión” se configura como un acto de comunicación pública por medio inalámbrico, que además puede diferenciarse según el medio empleado; al respecto nos podemos encontrar con una emisión terrestre, una emisión por satélite de radiodifusión¹¹⁶ o una emisión por satélite de telecomunicación.¹¹⁷

¹¹⁶ Según el artículo 1 del Reglamento de radiocomunicaciones (modificado por la conferencia Administrativa Mundial de Telecomunicaciones celebrada en Ginebra en 1971, la radiodifusión directa es un servicio de radiocomunicación mediante el cual las señales emitidas o retransmitidas por estaciones espaciales están destinadas a la recepción directa por el público general, bien en instalaciones domésticas sencillas provistas de antenas de pequeñas dimensiones o por instalaciones receptoras más complejas, destinadas a ser utilizadas por grupos en un mismo lugar o en una zona limitada a través de un sistema adecuado de distribución. Actualmente su definición viene recogida en la reciente Orden IET/787/2013, de 25 de abril, por la que se

En segundo lugar, el apartado d) establece como acto de comunicación pública *“La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica y otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.”* Un caso especial referido a este apartado es el de los llamados *videos comunitarios*; esto es, la difusión de películas cinematográficas así como otras obras audiovisuales contenidas en soporte videográfico por las comunidades de propietarios a los domicilio particulares, mediante su transmisión desde un aparato reproductor conectado con aparatos receptores de uso privado, actuación no amparada por la excepción contenida en el párrafo 2 del artículo 20 como si de un ámbito doméstico se tratara, como así intentaban argumentar las propias comunidades de propietarios.¹¹⁸

En tercer lugar, el apartado e) del artículo 20.2, se refiere a *“La retransmisión por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por Entidad emisora distinta de la de origen de la obra radiodifundida o televisada.”* Así, la “retransmisión” es la emisión o transmisión de la obra, pero con la diferencia de que en este caso se efectúa por entidad emisora o transmisora distinta de las de origen.

aprueba el cuadro nacional de atribución de frecuencias, publicada en el BOE núm. 111 de 9 de mayo de 2013.

¹¹⁷ En este caso intervienen, al menos, dos entidades, la de la emisión de la señal al satélite y la que la recibe del mismo y la pone a disposición del público en forma apta para su recepción.

¹¹⁸ Así, la Sentencia de 28 de mayo de 1992 de la Audiencia Provincial de Oviedo (Secc. 6ª). Las comunidades de propietarios se basaron en el contenido del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual, según afirma que *“sin que sea posible incardinar en el párrafo 2º de dicho artículo a los video comunitarios, puesto que la excepción allí consignada se refiere...”*, en este caso la comunidad de propietarios invocaba el ámbito doméstico que estos actos alcanzaban en los domicilios privados.

Como ya se puso de manifiesto, la aprobación de la Ley de 1987 supuso un cambio jurisprudencial importante en esta materia. En efecto, la jurisprudencia dictada en la etapa legislativa anterior sí consideraba que esta actividad se llevaba a cabo en un ámbito doméstico, así la STS de 17 de noviembre de 1987, según la cual *“Si la expuesta actividad de Video Comunitario está referida a personas concretas y determinadas, el conjunto de estos individuos no merece la calificación de público en general ni de un sector del mismo...por cuanto va dirigida a los habitantes de un inmueble, sus familiares y personas que ellos inviten y permitan el acceso a sus domicilio, los cuales son locales privados...”*

En cuarto lugar, el apartado f) considera como un acto de comunicación pública *“La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.”* La “transmisión” se caracteriza porque la comunicación se efectúa a través de cable u otro dispositivo conductor de las señales portadoras de los sonidos, imágenes o imágenes y sonidos producidas de forma electrónica, como sería por ejemplo una emisión de radio o televisión. Este apartado f) del artículo 20.2 se diferencia con respecto a los actos anteriores comentados c), d), y e) en que en este caso el acto se realiza *“en lugar accesible al público”* lo cual implica que para la realización del mismo, al ser la obra difundida bien por radio o por televisión, se efectúe en aquellos lugares públicos como bares, pubs, discotecas o salas de cines.¹¹⁹

Si nos fijamos los actos comprendidos en los apartados c), d) y e) conllevan la práctica de emisión, transmisión, retransmisión de la obra, normalmente a través de medios de telecomunicación.¹²⁰ Es posible advertir entonces que, si bien el régimen jurídico hasta este momento establecido se limitaba a los medios tradicionales de comunicación directa, ahora se incluye otros que permiten su

¹¹⁹ Al respecto, la STS de 19 de julio de 1993, considera que *“atribuye a los autores intelectuales no sólo la radiodifusión de sus obras o su comunicación pública por cualquier medio y toda comunicación pública, con hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida o televisada, sino, en cuanto ahora interesa (referido al art. 20.2. f), «la comunicación pública por altavoz o por cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida o transmitida.”* En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 5 de mayo de 1993, según la cual *“El receptor de televisión es un medio para llevar a cabo actos de comunicación pública, que encaja dentro del catálogo enunciativo del art. 20.2 de la Ley de Propiedad intelectual, cuyo ap. F) se refiere a “la emisión o transmisión en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión”. Sentado lo anterior es evidente que la demanda debe prosperar, toda vez que la misma existencia del aparato televisivo en el bar del demandado, que es un establecimiento abierto al público, constituye en el ámbito civil de este proceso un hecho base suficiente para presumir que hay la “comunicación pública” a que se viene haciendo mención, y cuya presunción determina una necesaria inversión de la carga probatoria, debiendo ser el dueño del establecimiento quien acredite que sólo utiliza la televisión para espacios en que no se emiten obras protegidas, lo que no se ha probado en este caso”*.

¹²⁰ *“Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”*. Esta es la definición dada de telecomunicación dispuesta en el Anexo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las telecomunicaciones.

máxima expansión por cuanto permite la proyección de la obra tanto a nivel geográfico como espacial, a través de hilo, cable, fibra óptica o satélite por ejemplo.

Y para terminar nos referimos al apartado h), el cual dispone que constituye un acto de comunicación pública: “*El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas.*” Este apartado expone claramente que el acto consiste en poner a disposición del público *bases de datos* haciendo uso para ello de un *ordenador por medio de telecomunicación*. Se trata de una puesta a disposición al público de la obra a distancia; dicho de otro modo, “...*el acceso a la misma desde terminales remotas mediante sistemas conversacionales de recuperación que permiten diálogo hombre-máquina “on-line”,*”¹²¹ pues de lo contrario estaríamos ante una fijación de la obra almacenada en la memoria del ordenador, lo que supondría una reproducción de la misma. Hay que señalar que las bases de datos pueden ser configuradas bien como obra protegida como tal,¹²² o bien como soporte de la obra protegida.¹²³ En cualquier caso, la Ley no hace distinción al respecto por lo que podemos entender que abarca ambas concepciones.

Por otra parte, la obtención en un soporte físico de la obra, como pudiese

¹²¹ Vid. DEL CORRAL BELTRÁN, M., “Bases de datos y propiedad intelectual”, en *Boletín BDA.*, 1983, núm. 4, p. 12.

¹²² En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ considera las bases de datos incluidas en los “programas de ordenador” mencionados en el artículo 10.1.h, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F, *Comentario de la Sección “Derechos de explotación” de la LPI de 1987*, en “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, 1989. p. 408

¹²³ Al respecto, sobre las obras que pueden integrar una base de datos, vid. BONDÍA ROMÁN, F, *Propiedad intelectual...* op. cit. p.278:

“1.º Datos aislados o elementos aislados de información. Esto es lo que constituyen los datos bibliográficos usuales (nombre del autor, título, editor..., que dan lugar a las bases de datos bibliográficos).

2.º Textos íntegros de obras protegidas.

3.º Presentaciones abreviadas de textos, extractos o resúmenes analíticos que pueden condensar, no solamente el tema de la obra, sino también sus tesis más importantes. Esta categoría junto con la anterior constituyen las bases de datos documentales.”

ser el escrito en papel impreso, a partir de la base de datos se viene a considerar un acto de reproducción, como así afirma DEL CORRAL BELTRÁN, según lo cual, *se recomienda asimismo a los Estados que sea otorgada protección a los actos de salida tanto en soporte impreso (listados) como en pantalla “on-line”, apuntando la conveniencia de aplicar las disposiciones nacionales relativas a la reproducción para el primer caso y a la comunicación directa al público para el segundo.*¹²⁴

¹²⁴ Op. cit. p. 15.

CAPÍTULO TERCERO

LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 12 DE ABRIL DE 1996

1. Consideraciones generales

Como ya se expuso, la Ley de 1879 de Propiedad Intelectual centró su regulación en la obras impresas como forma de divulgar la obra intelectual entre el público. Por el contrario, la Ley de 1987 tuvo presente el nuevo contexto social y centró su regulación en la radio, cine y la televisión. Sin embargo, pronto se advirtió el inminente acceso de la población al mundo digital; por ello el legislador de 1996 centra su atención en Internet como nuevo medio de disposición del público de las obras intelectuales, caracterizado por la posibilidad de acceso a una gran variedad de obras como cine, música, literatura, etc.

Internet se introdujo primero como instrumento de trabajo y, posteriormente, en las casas de las familias españolas como forma de ocio; ello trajo consigo la necesidad de adaptar el texto legal de 1987 a esta nueva situación: el acceso indiscriminado a cualquier modalidad de creación intelectual y en cualquier sitio lo que supuso indudablemente una amenaza para el monopolio del autor en la explotación de la obra.

Lógicamente esta situación no era exclusiva de España, sino que se repetía en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Por ello, el proceso de actualización devino como consecuencia fundamentalmente de los cambios introducidos por el legislador comunitario a través de la promulgación de Directivas Comunitarias¹²⁵ y a las posteriores leyes de transposición de las mismas al Derecho interno.¹²⁶

Como consecuencia de lo anterior y a fin de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las normas comunitarias, el texto de 1987 sufrió numerosas modificaciones legislativas. Esta situación trajo consigo la necesidad de promulgar una norma que refundiera todas las leyes existentes en materia de propiedad intelectual. Fruto de dicha decisión es el Texto Refundido de 16 de abril de 1996,¹²⁷ cuya finalidad era regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones legales que estaban vigentes sobre la materia.¹²⁸

¹²⁵ Con la disposición final segunda de la Ley 27/1995 de 11 de octubre, de Incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, autorizó al Gobierno para que, antes del 30 de junio de 1996, aprobara un texto que refundiese las disposiciones legales vigentes entonces en materia de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando los textos que hubieran de ser refundidos.

¹²⁶ Las leyes de incorporación de las Directivas Comunitarias son las siguientes:

a. Directiva 91/250/CEE, sobre protección jurídica de los programas de ordenador, incorporada al Derecho español mediante la Ley 16/1993.

b. Directiva 92/100/CEE del Consejo, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, incorporada por la Ley 43/94.

c. Directiva 93/83/CEE del Consejo, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, que fue incorporada a nuestro Ordenamiento por el Real Decreto Legislativo 1/1996.

d. Directiva 93/98/CEE del Consejo, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines, que al incorporarse por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, supuso el aumento del plazo de protección de 60 a 70 años.

e. Directiva 96/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

¹²⁷ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *“Propiedad Intelectual”*, Publicación: Aranzadi Civil-Mercantil vol. I (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1996. También en Prólogo de la 2ª edición de la obra *“Comentarios a la LPI”*, Madrid, 1997. Para BERCOVITZ la reforma operada con este Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual deja mucho que desear. Valora positivamente la rápida adaptación de España a las Directivas comunitarias impuestas, incluso antes que sus vecinos europeos como

Ello se llevó a cabo mediante la disposición final segunda de la Ley 27/1995 de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Dicha norma autorizó al Gobierno para que aprobara antes del 30 de junio de 1996, un texto que refundiese las disposiciones legales vigentes sobre la materia. El resultado de dicha autorización es la aprobación de un anexo al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, donde quedaban recogidas todas las modificaciones sufridas por el texto de la LPI, surgiendo así, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. Con ella finalmente quedó derogada la anterior Ley 22/1987, de 11 de Noviembre, de Propiedad Intelectual, así las leyes posteriores que la habían modificado.¹²⁹ En definitiva, este Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, como su nombre así indica, no es más que una refundición de textos que introdujo cambios pocos relevantes siendo su base la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

En efecto, en lo relativo al derecho de comunicación pública regulado en el

Portugal, Francia, así como Gran Bretaña u Holanda, sin embargo, precisamente por esa precipitada adaptación considera que se hizo mal, a lo que suma *un mal conocimiento de la materia regulada, así como la falta de propio criterio sobre el contenido de dicha regulación*” siendo el resultado “*un texto legislativo de mala factura técnica, de dudosa legalidad en algunos puntos, que producirá una elevada dosis de inseguridad jurídica, con los costes que la misma tiene para el tráfico jurídico y para la actividad de los Tribunales.*”

¹²⁸ Vid. Artículo único. Objeto de la norma. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

¹²⁹ No sólo derogó la Ley de 1987, sino también la Ley 20/1992, de 7 de julio, que la modificaba, así como aquellas leyes de incorporación al derecho español de Directivas comunitarias: a. Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. b. Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. c. Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. d. Ley 28/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

artículo 20, la Ley de 1996 es en esencia muy similar a su predecesora del 87. En tal sentido, se mantuvo la misma definición de comunicación pública que elaboró el legislador en el apartado 1 del artículo 20 a cuyo estudio nos remitimos. No obstante, se introdujeron algunas novedades en el apartado segundo y se añadieron dos apartados nuevos, el tercero y cuarto, como tendremos ocasión de analizar.

Consecuencia de añadir dos nuevos apartados y, a diferencia del texto de la Ley de 1987 que se estructuraba en dos partes, el nuevo artículo 20 se puede dividir en tres, manteniéndose dicha estructura hasta la actualidad. Una primera, en su apartado 1, dedicada a definir el concepto de comunicación pública, sin cambios sustanciales, y que ya hemos examinado. La segunda, en su apartado 2, enumera un conjunto de supuestos que pueden configurarse como actos de comunicación pública, introduciéndose algunos cambios sobre los que tratamos en el siguiente apartado. La tercera parte, como última novedad comprende los números 3 y 4 del precepto, los cuales se centran en la radiodifusión vía satélite y por cable en la Unión Europea, disponiendo una serie de reglas específicas para estos actos.

En definitiva el Texto Refundido de 1996, tenía como finalidad introducir aquellas novedades impuestas a nivel comunitario. En lo que a nosotros nos interesa, los importantes cambios vendrán más tarde, con la Ley de 2006, que fue la que incorpora a nuestro ordenamiento el derecho de puesta a disposición al público de la obra y al que dedicaremos los apartados posteriores de este trabajo.

2. Jurisprudencia relativa al derecho de comunicación pública

Como ya hemos indicado la aprobación del Texto Refundido de la Ley 1/1996, de 12 de abril de 1996 no supuso importantes cambios en la concepción del derecho de comunicación pública. Sin embargo, en la jurisprudencia dictada en aquellos conflictos planteados en relación con el derecho regulado en el art. 20 se introdujeron importantes novedades.

Según tuvimos ocasión de analizar, uno de los aspectos que han suscitado mayor controversia ha sido, probablemente, el problema de las habitaciones de hoteles motivando un gran número de resoluciones judiciales. En relación con la cuestión planteada, los cambios de criterio que se han ido sucediendo como consecuencia de la interpretación dada al concepto del derecho de comunicación pública, y más concretamente al sentido que debe darse al ámbito estrictamente doméstico en contraposición de lo público referido a los actos de difusión de obras protegidas en los establecimientos hoteleros, ha pasado por diferentes etapas interpretativas.¹³⁰ En todas ellas, el eje de la discusión se concentraba en la problemática derivada en determinar el concepto de “*ámbito estrictamente doméstico*”¹³¹ a que se refiere el artículo 20.1 párrafo 2º de la LPI, y que queda fuera del concepto de comunicación pública.

Ciertamente, la razón última de que sea uno de los temas más controvertidos es que afecta a intereses económicos tanto para el sector hotelero como para las entidades de gestión de derechos. Estas últimas siempre han

¹³⁰ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La comunicación pública y los establecimientos hoteleros: el deber de pagar derechos de autor”, dentro de la obra *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid. 2008. p.32 y ss.

¹³¹ Vid. PÉREZ DE ONTIVERO BAQUERO, C., “Aproximación al significado...”, en *RPI*, núm. 12, 2002, p. 44 y ss.

defendido que la difusión de películas, música, etc., que tiene lugar en un establecimiento hotelero supone un acto de comunicación pública protegido por la Ley, al considerar que se efectúa fuera del ámbito estrictamente doméstico. En consecuencia, exigen el abono por parte de la entidad hotelera de los correspondientes derechos al considerar que se trata de un acto de explotación. Frente a esta opinión, los hoteleros han mantenido la postura de considerar el carácter de domicilio privado a las habitaciones de hotel, incluido por tanto dentro de la excepción prevista en la Ley.

Con estos argumentos, en el seno del Tribunal Supremo se reabrió, una vez más, el debate sobre el ya conocido problema de las habitaciones de hotel y si estábamos o no ante actos de comunicación pública cuando se utiliza la radio y/o televisión en dichos lugares. Sobre este asunto ya hicimos referencia a la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996, Sala de lo Civil, que recordemos, consideraba comunicación pública los actos en los que los huéspedes del hotel acceden a la obra intelectual a través de radio o televisión, al entender que dichas habitaciones no podían encuadrarse en la excepción establecida por el legislador referida al ámbito estrictamente doméstico, y donde además, equiparaba los dormitorios del hotel a las zonas de vestíbulo.

Pues bien, la misma Sala de este Alto Tribunal cambia este criterio tras la Sentencia de 24 de septiembre de 2002,¹³² considerando ahora a las habitaciones de hotel como domicilio, pues entiende que los huéspedes disfrutan de total privacidad y que por tanto la difusión de contenidos audiovisuales no suponen actos de comunicación pública. El origen de este cambio de criterio fue una

¹³² Sobre esta sentencia, DE LA IGLESIA PRADOS, E., “Televisión en habitaciones de hoteles. Comunicación pública y derechos de autor: un posible cambio jurisprudencial. Comentario a la STS de 24 de septiembre 2002”, en *RDP*, núm. 10. 2003, p. 423-432; SOLA PASCUAL, A., “Aparatos de televisión en habitaciones de hotel. ¿Público doméstico a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual? Comentario a la Sentencia del TS, de 24 de septiembre de 2002”, en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 46. 2002; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2002”, en *CCJC*, 60, 2002, p. 1279-1286.

sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada declara la inconstitucionalidad del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Sentencia de 17 de enero de 2002¹³³ la cual afirma que: *“concluir que el art. 557 LECrim es contrario al art. 18.2 CE por cuanto que excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que la entrada y registro en las mismas requieran autorización judicial”*.

Al respecto, dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 2002¹³⁴ que *“el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de enero de 2002 (RTC 2002,10) ha venido a declarar inconstitucional el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), pues si bien el precepto no se refiere expresamente a los hoteles, los términos empleados son sinónimos de éste y se viene a considerar las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales, toda vez que conforman ámbitos donde los huéspedes despliegan toda su privacidad y por ello y respecto a difusión en dichos espacios de contenidos audiovisuales protegidos por la propiedad intelectual, tales actividades no constituyen actos de comunicación pública, estando excluidos del deber de pagar derechos de autor. En tal sentido, el artículo 20 de la Ley de 11 de noviembre de 1987 (RCL 1987, 2440), contempla y contrapone los conceptos de lo público y lo doméstico.”*

Aunque los establecimientos de hostelería se apoyaron en estas sentencias

¹³³ Sentencia núm. 10/2002, del Tribunal Constitucional, de 17 de enero de 2002. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla planteó la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La cuestión trae causa por presuntos delitos de allanamiento y registro de domicilio ilegales por la entrada y registro efectuada por un funcionarios de policía, mientras otros dos vigilaban el regreso de los huéspedes de dos habitaciones de un hotel que eran ocupadas por dos periodistas, sin consentimiento de éstos, ni autorización judicial y siendo posibilitadas dichas entrada y registro por el director del hotel, quien facilitó la llave maestra para acceder a las habitaciones y acompañó al policía a las mismas.

¹³⁴ Esta STS fue declarada posteriormente nula por otra STS de 21 de diciembre de 2002, al estimar el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la SGAE, porque *“no se había cumplido con el deber procesal de poner en conocimiento de las partes la composición de la Sala destinada a juzgar el litigio.”*

en sus pretensiones de no abonar derechos de autor, lo cierto es que en realidad lo que afirmaba dicha resolución era el carácter privado de dichas dependencias a efectos exclusivamente penales. Así lo vino a aclarar un año después la misma Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 31 de enero de 2003,¹³⁵ la cual señala que el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio no tiene el mismo alcance en el ámbito civil que en el ámbito penal: *“asumida por esta Sala las funciones de instancia por mandato del art. 1715.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede confirmar por sus propios fundamentos la sentencia de primera instancia. Si bien en sentencia de esta Sala de fecha 24 de septiembre de 2002 se excluyó de la obligación del pago de derechos de autor la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles con apoyo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2002 que declaró inconstitucional el art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que vino a considerar las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales, ha de tenerse en cuenta el ámbito estrictamente penal a que se contrae dicha resolución constitucional que en nada altera el carácter de servicio prestado a sus clientes por los establecimientos hoteleros al instalar en sus habitaciones aparatos televisores, servicio que lógicamente repercute en el precio de las estancias en esas habitaciones, siendo el beneficio que reporta a la empresa hotelera la prestación de ese servicio individualizado el que justifica la exigencia de los derechos que ahora se reclaman. Por ello no procede seguir manteniendo el criterio sustentado en la sentencia de 24 de septiembre de 2002”*.¹³⁶

Lo cierto es que, como se puede extraer del tenor literal del argumento transcrito, no se entra a valorar si nos encontramos ante un *ámbito estrictamente* doméstico o no, pues precisa que el contenido de la resolución dictada por el Tribunal Constitucional se limita a la jurisdicción penal y se condena al pago de derechos de autor a los dueños del establecimiento hotelero.

¹³⁵ STS núm. 40/2003, de 31 de enero, de la Sala 1ª. 31 de enero de 2003.

¹³⁶ Sobre esta Sentencia, SOLA PASCUAL, A., “Comentario a la STS, de 31 de enero de 2003: de nuevo sobre los aparatos de televisión en habitaciones hoteleras y derechos de autor”, en *BACM*, núm. 49, 2003.

Sorprendentemente, este nuevo criterio jurisprudencial tuvo escasa duración, pues con fecha de 10 de mayo del mismo año 2003¹³⁷ el Alto Tribunal vuelve a cambiar de parecer.¹³⁸ En esta nueva resolución se plantean dos temas, por un lado, la legitimación activa de la recurrente –la SGAE– para reclamar el cese de la comunicación pública que la demandada había llevado a cabo en las dependencias de un hotel. Y por otro lado, se plantea una vez más si tales actos constituyen o no comunicación pública; es decir, si nos encontramos ante un *ámbito estrictamente doméstico*, o no.

En cuanto a la legitimación, el Tribunal Supremo confirma que la SGAE se encuentra asistida de legitimación para actuar, continuando el criterio seguido en los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores.¹³⁹

Por el contrario, en cuanto al ámbito doméstico, el Alto Tribunal efectúa un cambio de orientación, que tiene su *base en el concepto moderno de nomofilaxis*¹⁴⁰ *que permite poner la casación al servicio de una jurisprudencia innovadora, “coherente y responsable”, siempre en el marco de la legalidad y en búsqueda de la uniformidad.*¹⁴¹ Ahora, el Tribunal Supremo realiza una distinción entre las habitaciones de hotel y las zonas destinadas a vestíbulo, debiendo tenerse en cuenta la nota de privacidad de las primeras. Considera que los dormitorios hoteleros se deben considerar como ámbito estrictamente doméstico,

¹³⁷ Sentencia núm. 439/2003 del Tribunal Supremo, Sala 1º. 10 de mayo de 2003.

¹³⁸ Al respecto, YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MAÍZ, V., “La televisión en las habitaciones de los hoteles: la historia interminable (con sus etapas ocultas).” en *Diario La Ley*. Año XXIV, n.º 5901. 26 de noviembre de 2003. p.1889; PULIDO WUREDÓ, M., “Los vaivenes jurisprudenciales del TS en materia de propiedad intelectual. Caso SGSE c. Hotel Taurito Princess”, en *AJA* 579, 2003; RUBIO TORRANO, E., “Habitaciones de hotel con televisor y comunicación pública: nuevo Criterio Jurisprudencial”, en *ACT*, núm. 6/ 2003, p. 1848-1851.

¹³⁹ Particularmente, en la sentencia del mismo Tribunal de 31 de enero de 2003.

¹⁴⁰ Según la Real Academia Española de la lengua, nomofilaxis es *la protección de la norma jurídica*.

¹⁴¹ *Vid.* RUBIO TORRANO, E., op. cit. p. 1848-1851.

pues, aunque sea de forma temporal, en dichas dependencias desarrollan las personas actividades inherentes a su intimidad, como si sus propios domicilios fueran así, si las habitaciones resultan residencias privadas con equivalencia al domicilio en el ámbito penal,¹⁴² de igual modo deben ser consideradas a efectos civiles, conclusión criticada por parte de la doctrina.¹⁴³ Por otro lado, a diferencia de las habitaciones de hotel y aunque el Alto Tribunal no lo expone de forma expresa, se puede extraer del contenido de la sentencia que los actos de difusión de obras protegidas por derechos de autor en las zonas de vestíbulo de los hoteles sí podrían ser considerados actos de comunicación pública, por cuanto que el carácter de privacidad sólo lo señala para las habitaciones de hotel y porque *“distinto sería si se tratase de comunicaciones asignadas de modo forzoso, tarifadas como suele suceder con las que se transmiten en dependencias comunes especiales a tal fin y más aún si se cobrase un suplemento por la prestación de tal servicio.”*¹⁴⁴

Con esa última STS de 10 de mayo de 2003, el debate acerca de las

¹⁴² *“Indudablemente los dormitorios hoteleros reúnen esta condición (de ámbito estrictamente doméstico), pues, aunque sea de forma temporal, en dichas dependencias desarrollan las personas actividades inherentes a su intimidad y personalidad, como si se tratase de sus propios domicilios, al corresponder a espacios exclusivos y excluyentes para los demás, con lo cual, si las habitaciones resultan residencias privadas, con equivalencia al domicilio en el ámbito penal, ninguna razón, ni lógica ni jurídica, impide considerarlas así a efectos civiles, hasta el punto de que son aptas para recibir actos de comunicación procesal sin dejar de lado que la privacidad de los dormitorios hoteleros no deja de tener trascendencia en la defensa de los derechos constitucionales a la intimidad y propia imagen.”* Vid. STS de 10 de mayo del 2003. También se considera así por algunas Audiencias Provinciales como la SAP de La Coruña de 23 de junio de 2004 y la SAP de Albacete de 20 de julio de 2004. Además se llega a considerar domicilio incluso las habitaciones de los balnearios, y por ende, no se considera comunicación pública la difusión de obras en estos establecimientos, SAP de Navarra de 22 de abril de 2004.

¹⁴³ Así, vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “Aproximación al significado de la expresión “ámbito estrictamente doméstico” en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública.” *RPI*. N.12, Bercal S.A. 2002, p.47, quien considera que quien realmente realiza el acto de comunicación pública es el titular del establecimiento hotelero al disponer de los aparatos de recepción en las habitaciones: *“mientras se ocupen, la habitaciones de los hoteles constituyen un espacio físico en el que el individuo desarrolla su vida privada y, por ello, nada obsta a subsumir en el apartado segundo del art. 20.1 aquellos supuestos en que el ocupante facilite el acceso a un grupo de sujetos, entre los que pueda apreciarse un vínculo de cercanía personal, para ver la televisión o escuchar la radio...Sin embargo, cuestión distinta es excluir del ámbito de la facultad patrimonial de comunicación pública la instalación de los citados aparatos receptores en dicho ámbito espacial, para prestar un servicio a sus clientes, practicado por el titular del establecimiento hotelero.”*

¹⁴⁴ Sentencia núm. 439/2003 del Tribunal Supremo, Sala 1º. 10 de mayo de 2003.

habitaciones de hotel parecía haber finalizado, fijándose un criterio definitivo que alejara finalmente toda discrepancia sobre el asunto.

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal vuelve a dar un giro interpretativo. Ésta vez viene motivado por el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a través de la Sentencia de 7 de diciembre de 2006,¹⁴⁵ donde de nuevo se hace referencia a la hipótesis de difusión de obras protegidas en las habitaciones de hotel. Al respecto, el TJCE entendió que nos encontrábamos ante un acto de comunicación pública cuando se difundía una obra en un establecimiento hotelero, disponiendo que *“Hay retransmisión porque el Hotel receptiona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite - retransmite (radiodifusión secundaria)- a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad - potencialidad- de receptionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter "estrictamente doméstico" a los efectos del art. 20.1 LPI. Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el art. 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI.”*

De este modo, nuestro Tribunal Supremo, obligado por esta resolución del TJCE, dicta una nueva Sentencia de 16 de abril de 2007,¹⁴⁶ en la cual regresa al

¹⁴⁵ Es a destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, asunto C.306/05, motivado por la Audiencia Provincial de Barcelona que planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE en una confrontación entre la SGAE y la entidad Rafael Hoteles, S.A. por el impago de los derechos de remuneración por el efectivo ejercicio de comunicación pública en dicho establecimiento hotelero en sus habitaciones.

¹⁴⁶ STS núm. 428/2007, de la Sala 1ª, 16 de abril de 2007.

criterio primitivo adoptado considerando que la difusión de obras a través de los aparatos instalados en los establecimientos hoteleros supone un acto de comunicación pública.¹⁴⁷ Ello supuso defender la postura de la acumulación temporal del público; es decir, el acceso simultáneo a la obra, siempre y cuando el cliente utiliza o tiene la posibilidad de utilizar ese servicio, resultando suficiente que la obra se ponga a disposición al público.

En conclusión, ésta parece ser la postura definitiva de nuestra jurisprudencia más reciente, la cual ha venido dictando nuevas resoluciones que mantienen este criterio, reiterándose en mayor o menor medida al contenido de la sentencia de 2007. Así sucede en las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008¹⁴⁸ que reproducen parte del contenido de la Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2006 antes mencionada. Más recientemente, la Sentencia dictada del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 2009,¹⁴⁹ dispone en su FJ 2.º que: “(...) *la cuestión jurídica suscitada en este recurso, relativa a si la señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles es o no, a los efectos de la ley de Propiedad intelectual, acto de comunicación pública que genera derecho de indemnización a los titulares de los derechos reconocidos en la ley, ha sido resuelta recientemente por la sentencia del Pleno de esta sala, de fecha 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 del Texto Refundido de la ley de Propiedad intelectual al derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de fecha 7 de diciembre de 2006, en la cuestión prejudicial C-306/05 (SGAE/ Rafael Hoteles), tomando en consideración esta sala la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia al ser plenamente aplicable a la norma interna. En igual sentido se pronunciaron las sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 y de 10 de julio de 2008.*”

¹⁴⁷ Al respecto, MACÍAS CASTILLO, A., “Cambio de la doctrina jurisprudencial existente en torno al concepto de comunicación pública de las obras audiovisuales”, en AC, núm. 16, 2007.

¹⁴⁸ Vid. STS de 15 de enero de 2008 núm. 1393/2008 y núm. 1394/2008.

¹⁴⁹ Vid. STS de 26 de enero, Sala de lo Civil, núm. 36/2009.

Con posterioridad, se han venido dictando otras resoluciones judiciales que siguen el mismo criterio, como las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009, o de 28 de octubre de 2009, manteniendo los argumentos anteriormente expuestos, considerando los actos de difusión de obras protegidas por derechos de autor como comunicación pública y declarando como doctrina jurisprudencial *“que la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles constituye acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual , y genera, por tanto, un derecho a favor de los titulares de los derechos sobre los contenidos audiovisuales protegidos, a percibir una remuneración o indemnización pertinente”*.¹⁵⁰

En definitiva, la exposición de los diferentes criterios establecidos por nuestra jurisprudencia con el fin de determinar la interpretación a seguir en lo relativo a qué debe entenderse por ámbito *“estrictamente doméstico”* en relación a los actos realizados en los establecimientos hoteleros donde se difunden habitualmente obras protegidas por derechos de autor, nos revela que las respuestas han sido dispares. Sin embargo, parece ser que finalmente se ha llegado a una conclusión definitiva en cuanto a la interpretación del artículo 20 TRLPI, unificándose la jurisprudencia al respecto. Desde la STS de 16 de abril de 2007, el Alto Tribunal, viene siguiendo la misma interpretación, habiendo dictado varias resoluciones posteriores en el mismo sentido, todas resolviendo que la existencia de televisiones en habitaciones hoteleras debe considerarse acto de comunicación público y, por tanto, sujeto a autorización y generadora de derechos de autor.

Pues bien, la comparación de las últimas Sentencias dictadas por el

¹⁵⁰ Vid. STS de 28 de octubre de 2009, núm. 707/2009.

Tribunal Supremo desde la dictada el 16 de abril de 2007 nos revelan que las resoluciones dictadas se basaban en la *transmisión* como acto realizado por los establecimientos hoteleros para fundamentar la existencia de comunicación pública. Por ello, ÁLVAREZ ÁLVAREZ,¹⁵¹ considera que si se realiza la *difusión* a través de una conexión a una red común, esto es mediante *transmisión o retransmisión*, se generan derechos de autor, mientras que si el establecimiento hotelero no crea una red de difusión al transmitir la señal a las habitaciones o zonas comunes no se trataría de una comunicación pública,¹⁵² sino una mera difusión de manera independiente, y no generadora de derechos de autor.

Podemos llegar a la conclusión, que estos cambios de interpretación de precepto vienen provocados por la propia imprecisión jurídica de la norma al incorporar como excepción a la noción de comunicación pública el *ámbito estrictamente doméstico*, sin precisar qué se entiende por tal. Los sucesivos cambios de criterio del Tribunal Supremo durante más de diez años afectaron igualmente a la jurisprudencia menor, la cual intentaba continuar la línea del Alto Tribunal, que evidentemente supuso decisiones contradictorias.

¹⁵¹ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *La comunicación pública...* op. cit.

¹⁵² Casualmente, tanto en las Sentencias 1393/2008 y 1394/2008 como la dictada el 16 de abril de 2007, resuelven demandas de EGEDA utilizan en sus fundamentos el concepto de retransmisión, que la Ley vincula al artículo 122.2 por la expresa remisión que en éste se efectúa al apartado f) del artículo 20.2.

3. Nuevos actos de comunicación pública: art. 20.2 del TRLPI de 1996

Realmente no es posible ofrecer una noción de “comunicación pública” que abarque todos y cada uno de los actos o procedimientos a través de los cuales el público puede acceder a la obra intelectual. Por ello, el legislador opta por establecer una definición amplia y general de comunicación pública y por incluir en el apartado segundo del artículo 20 una lista no exhaustiva.

Sin embargo, y a pesar de que nos encontramos ante una lista meramente ejemplificativa que no limita la posibilidad de que tenga cabida cualquier otro tipo de acto de comunicación pública, el legislador se ha preocupado de actualizar su contenido según las novedades tecnológicas que permiten nuevos actos de comunicación pública.

A continuación nos dedicaremos brevemente al estudio de los actos enumerados en el art. 20.2 a fin de completar el análisis de este precepto. De este modo, haremos referencia en primer lugar, a los nuevos actos de comunicación pública introducidos tras la reforma para, en segundo lugar, dedicarnos a aquellos actos que ya se encontraba en el art. 20 con anterioridad a la reforma del año 1996, pero que se han visto modificados en su redacción, remitiéndonos al estudio ya realizado anteriormente para el resto de actos que mantienen su texto íntegro con respecto a la anterior regulación. De acuerdo con el orden expuesto nos centramos primero en los apartados d) y j), y en segundo lugar en los apartados c), f), g) e i), todos contenidos, como decimos, en el apartado segundo del artículo 20 del TRLPI.

Según ya se ha dicho, la mayor novedad es la incorporación de dos nuevos actos de comunicación pública en el apartado segundo del artículo 20 del TRLPI de 1996 a raíz de la transposición de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, incluidos como letra d) y j).

La nueva letra d) destaca por las nociones técnicas empleadas en la redacción de la definición que incorpora, estableciendo el legislador lo siguiente: *“La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las seriales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación.*

Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de decodificación.

A efectos de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.”

La principal característica de este acto de comunicación pública es el hecho

de que el titular de los derechos de autor de la obra difundida puede ejercitarlos en cualquier momento, y determinar, por ejemplo, el alcance que pueda tener la obra. Asimismo, señalar que la entidad radiodifusora que efectúa el acto de introducir las señales portadoras de las obras es responsable de ese acto frente al titular de los derechos de autor.

En segundo lugar, se incorpora como novedad la letra j), según la cual: *“La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley.”* Esta incorporación vino motivada por la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, efectuada a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo.¹⁵³ Por entonces existían diferencias de protección jurídica en materia de bases de datos en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea, lo que creaba situaciones de riesgo por las discrepancias normativas. En consecuencia, este cambio fue introducido con el fin de proteger a los suministradores de bienes y servicios referidos a este sector de las bases de datos. Hasta el momento de forma expresa sólo se reconocían las obras contenidas en las bases de datos como objetos susceptibles de comunicación pública; tras esta nueva letra, la protección se amplía y se viene a reconocer como objeto de comunicación pública a las bases de datos como tal.

Por otro lado, los actos contenidos en las letras c), f), g) e i) de este apartado segundo han sufrido alguna modificación en mayor o menor medida. Por el contrario, las letras a),¹⁵⁴ b),¹⁵⁵ e)¹⁵⁶ y h)¹⁵⁷ mantienen su redacción

¹⁵³ Sobre esta Ley, véase BONDIA ROMAN, F., “Recientes reformas legales españolas en derechos de autor”, en AJA, de 24 de diciembre de 1998, núm. 371.

¹⁵⁴ “*Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.*”

¹⁵⁵ “*La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.*”

¹⁵⁶ El apartado e) del artículo 20.2 es exactamente igual que el apartado d) en su anterior redacción, el cual se refiere a aquellos actos de comunicación pública consistentes en la difusión por cable o cualquier guía artificial de signos, sonidos, o imágenes con destino al público, es decir, por el que las obras se transmiten por

exactamente idéntica al anterior texto normativo de 1987.

Así, en el apartado c) del artículo 20.2, se modifica el concepto de emisión establecido en su anterior redacción dada por la Ley de 1987, pasando a redactarse del siguiente modo: *“El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta a la de origen.”*

En este apartado se pretende abarcar toda transmisión de signos, sonidos e imágenes a distancia por medio de ondas electromagnéticas que se propagan en el espacio sin guía artificial con el fin de facilitar su recepción por el público en general.¹⁵⁸ Realmente lo que se lleva a cabo es delimitar el sistema de recepción de las señales portadoras de la obra, el cual debe ser a través de entidad distinta de la de origen. La diferencia con el ejemplo del apartado e) radica en el canal o medio por el que se transmite; mientras éste se refiere a las transmisiones de forma inalámbrica, aquél a las que se transmiten de forma alámbrica; esto es, que la emisión se realiza a través de ondas electromagnéticas y la transmisión a través de cable, fibra óptica u otra “guía artificial”, mediante la cual la obra se hace accesible al público.

El apartado f), que en su anterior redacción se encontraba en el apartado e), también ha sido modificado notablemente, pasando a ser: *“La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad*

medio de algún dispositivo conductor que permite que las señales lleguen al receptor destinatario: *“La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.”*

¹⁵⁷ El apartado g) de la anterior regulación del 87, pasa ahora a ser el apartado h) sin mayores cambios puesto que se mantiene la misma redacción: *“La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.”*

¹⁵⁸ Vid. ERDONZAIN, J.C., op. cit. p.347, nota 12.

distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.”

Como vemos, en su nueva redacción, se añade el párrafo 2 con la definición de retransmisión por cable. Se trata de la difusión de una emisión o transmisión previamente difundidas, cuando se produce por una entidad distinta de la de origen. Por otro lado, la radiodifusión vía satélite es una modalidad especial de emisión, atendiendo a la peculiaridad del modo de difundir la señal, que para que exista necesita de una entidad emisora que difunda la señal portadora de programa.

El apartado g) en su anterior redacción se encontraba en la letra f); ha sido modificado para suprimir la expresión contenida “*por radio o televisión*”, quedando redactado del siguiente modo: “*La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.*” De este modo no se limita a la radio o la televisión como medios para emitir o transmitir la obra radiodifundida, dando cabida a otros medios con los que también se pudieran efectuar.

Y por último, se modificó la letra i)¹⁵⁹ del apartado segundo del artículo 20, encontrándose en su anterior redacción en la letra h) de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, referido al “acceso público a bases de datos de ordenador”:

¹⁵⁹ La letra i) fue modificada posteriormente a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

“El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no está protegida por las disposiciones del Libro 1 de la presente Ley.” Esta modificación se introduce a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. Con esta modificación lo que se está produciendo en realidad es un *desdoblamiento*¹⁶⁰ de la anterior redacción de la letra i), introduciéndose así la ya mencionada letra j); así la primera se refiere a las obras contenidas en las bases de datos, y la segunda a las bases de datos como obras en sí.

En un principio, se consideró que los llamados “*derechos de difusión*”¹⁶¹ de los apartados c) d) e) y f), eran suficientes como para considerar que la difusión *on-line* de obras multimedia estuviera protegida en aquel momento, tanto en las modalidades de difusión vía satélite como en las modalidades de difusión por medios alámbricos, a través de los supuestos referidos a la radiodifusión y difusión inalámbrica, a la radiodifusión y comunicación al público vía satélite, y a la transmisión por hilo, cable, fibra óptica o procedimiento análogo.¹⁶²

Este criterio cambiará posteriormente con la aprobación de la Directiva comunitaria 2001/29/CE a través de la cual se reconoce el derecho de puesta a disposición al público como acto de comunicación pública en su apartado 3. La naturaleza de la puesta a disposición de la obra y la protección de las transmisiones a la carta fue el motivo fundamental por el que se introduce dicha modificación, pues se consideraba que este tipo de comunicación contenía una

¹⁶⁰ Exposición de motivos de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

¹⁶¹ Vid. ERDONZAIN, J.C., op. cit. p.347.

¹⁶² Vid. RODRÍGUEZ PARDO, J., *El Derecho de autor en la obra multimedia*, Dykinson, S.L., Universidad de Extremadura, 2003, p.275.

serie de particularidades como eran, entre otras, el hecho de disponer de la obra en el momento y desde el lugar que se quiera y que no se identificaba con ninguno de estos “derechos de difusión” que hemos analizado.

Por último, hemos de hacer mención a otra de las novedades introducidas tras esta reforma; esto es la referida a los dos nuevos apartados, 3 y 4, introducidos en el artículo 20. Sin embargo, no realizaremos un análisis detallado de los mismos en la medida que no se refieren directamente al objeto de nuestro estudio.

Brevemente, indicar al respecto que el apartado 3¹⁶³ expone las disposiciones por las cuales se rigen las comunicaciones al público vía satélite en el territorio de la Unión Europea, y el apartado 4¹⁶⁴ contiene las disposiciones

¹⁶³ “3. La comunicación al público vía satélite en el territorio de la Unión Europea se regirá por las siguientes disposiciones: a) La comunicación al público vía satélite se producirá únicamente en el Estado miembro de la Unión Europea en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas se introduzcan en la cadena ininterrumpida de comunicación a la que se refiere el párrafo d) del apartado 2 de este artículo. b) Cuando la comunicación al público vía satélite se produzca en el territorio de un Estado no perteneciente a la Unión Europea donde no exista el nivel de protección que para dicho sistema de comunicación al público establece este apartado 3, se tendrá en cuenta lo siguiente: 1.º Si la señal portadora del programa se envía al satélite desde una estación de señal ascendente situada en un Estado miembro se considerará que la comunicación al público vía satélite se ha producido en dicho Estado miembro. En tal caso, los derechos que se establecen relativos a la radiodifusión vía satélite podrán ejercitarse frente a la persona que opere la estación que emite la señal ascendente. 2.º Si no se utiliza una estación de señal ascendente situada en un Estado miembro pero una entidad de radiodifusión establecida en un Estado miembro ha encargado la emisión vía satélite, se considerará que dicho acto se ha producido en el Estado miembro en el que la entidad de radiodifusión tenga su establecimiento principal. En tal caso, los derechos que se establecen relativos a la radiodifusión vía satélite podrán ejercitarse frente a la entidad de radiodifusión. c) La comunicación al público vía satélite autorizada por un coproductor exigirá autorización previa de los demás coproductores a quienes pudiera perjudicar por razones de exclusividad lingüística o análogas en caso de que la obra consista meramente en imágenes.”

¹⁶⁴ “4. La retransmisión por cable definida en el párrafo segundo del apartado 2.f) de este artículo, dentro del territorio de la Unión Europea, se regirá por las siguientes disposiciones: a) La retransmisión en territorio español de emisiones, radiodifusiones vía satélite o transmisiones iniciales de programas procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea se realizará, en lo relativo a los derechos de autor, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y con arreglo a lo establecido en los acuerdos contractuales, individuales o colectivos, firmados entre los titulares de derechos y las empresas de retransmisión por cable. b) El derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual. c) En el caso de titulares que no hubieran encomendado la gestión de sus derechos a

aplicables a la retransmisión por cable definida en el párrafo segundo del apartado 2.f) dentro del territorio de la Unión Europea. Ambos apartados recogen las disposiciones comunitarias de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

Llegamos ya a la parte central de la tesis que es el nuevo derecho de puesta a disposición del público. Por ello, en primer lugar, será objeto de nuestro estudio la Directiva comunitaria así como la Ley española de incorporación. En segundo lugar abordaremos el estudio de las medidas que se han aprobado hasta la actualidad con la finalidad de proteger los derechos de propiedad intelectual. Como veremos posteriormente, ambos aspectos se encuentran íntimamente ligados a la aparición del fenómeno de Internet que, sin duda, constituye uno de los mayores retos a los que ha tenido que enfrentarse tanto la Unión Europea como los legisladores nacionales; está será pues la materia objeto de estudio en

una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, los mismos se harán efectivos a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría. Cuando existiere más de una entidad de gestión de los derechos de la referida categoría, sus titulares podrán encomendar la gestión de los mismos a cualquiera de las entidades. Los titulares a que se refiere este párrafo c) Gozarán de los derechos y quedarán sujetos a las obligaciones derivadas del acuerdo celebrado entre la empresa de retransmisión por cable y la entidad en la que se considere hayan delegado la gestión de sus derechos, en igualdad de condiciones con los titulares de derechos que hayan encomendado la gestión de los mismos a tal entidad. Asimismo, podrán reclamar a la entidad de gestión a la que se refieren los párrafos anteriores de este párrafo c), sus derechos dentro de los tres años contados a partir de la fecha en que se retransmitió por cable la obra protegida .d) Cuando el titular de derechos autorice la emisión, radiodifusión vía satélite o transmisión inicial en territorio español de una obra protegida, se presumirá que consiente en no ejercitar, a título individual, sus derechos para, en su caso, la retransmisión por cable de la misma, sino a ejercitarlos con arreglo a lo dispuesto en este apartado 4.e) Lo dispuesto en los párrafos b), c) y d) de este apartado 4 no se aplicará a los derechos ejercidos por las entidades de radiodifusión respecto de sus propias emisiones, radiodifusiones vía satélite o transmisiones, con independencia de que los referidos derechos sean suyos o les hayan sido transferidos por otros titulares de derechos de autor. f) Cuando, por falta de acuerdo entre las partes, no se llegue a celebrar un contrato para la autorización de la retransmisión por cable, las partes podrán acceder, por vía de mediación, a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. Será aplicable a la mediación contemplada en el párrafo anterior lo previsto en el artículo 153 de la presente Ley y en el Real Decreto de desarrollo de dicha disposición. g) Cuando alguna de las partes, en abuso de su posición negociadora, impida la iniciación o prosecución de buena fe de las negociaciones para la autorización de la retransmisión por cable, u obstaculice, sin justificación válida, las negociaciones o la mediación a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará lo dispuesto en el Título I, capítulo I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.”

los siguientes apartados.

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO

1. Introducción

Hasta ahora hemos venido analizando la evolución del derecho de comunicación pública, desde sus primeras manifestaciones por medio del teatro, hasta sus recientes modificaciones como consecuencia del desarrollo del entorno digital y la introducción de nuevas tecnologías.

Igualmente, se ha puesto de manifiesto cómo ante los nuevos retos planteados, fue el legislador comunitario quien advirtió la necesidad de regular esas nuevas conductas que fueron surgiendo. Como consecuencia de lo anterior, el legislador español llevó a cabo un proceso de reformas del derecho interno, con el fin de armonizar nuestra regulación con las del resto de los Estados europeos. De este modo y en función de las nuevas circunstancias que fueron aconteciendo, se acordó modificar el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual en varias ocasiones.

En este contexto, ha sido precisamente el acceso a Internet el que ha producido cambios profundos que han exigido una adaptación de los derechos de

propiedad intelectual a esta nueva realidad. En tal sentido, cabe destacar que en la llamada comunicación directa, el público accedía a la obra simultáneamente a su divulgación; en la comunicación indirecta, por el contrario, la obra se fijaba en un soporte; pero en ninguno de estos supuestos el público podía elegir el momento y lugar de acceso a la obra. La novedad más importante que supone Internet es que el usuario puede elegir la obra a la que va acceder y determinar el lugar o el momento temporal. Estas transformaciones supusieron que el concepto de comunicación pública existente resultara insuficiente ya que era preciso incluir una nueva modalidad de acto de comunicación pública; esto es, el derecho de puesta a disposición al público de la obra intelectual llevado a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que incluye un nuevo apartado al artículo 20 del TRLPI, eje de nuestro estudio.

Desde otra perspectiva, Internet ha supuesto, sin duda, muchas ventajas para la sociedad, resultando un gran avance en el acceso a la información y a la cultura, además de convertirse en un nuevo cauce de comunicación pública; sin embargo como se ha dicho, Internet ha desarrollado nuevos hábitos de conducta que implican la posibilidad de acceder a la obra en cualquier momento y en cualquier lugar, diferenciándose de otras formas de comunicación pública que hasta entonces existían. Ello ha supuesto, a su vez, un considerable aumento de la posibilidad de defraudación de los derechos de autor; dicho de otro modo, que el creador ya no tenga el monopolio en la explotación de los derechos. Ejemplo de lo anterior son el intercambio masivo de archivos, las descargas ilegales, la visualización de obras directamente a través del ordenador, etc.

Siguiendo el orden expuesto, en este capítulo analizaremos, en primer lugar, el nuevo derecho de puesta a disposición del público de la obra como nueva modalidad de comunicación pública, así como su reconocimiento legal tanto en la Directiva comunitaria, como por primera vez en nuestro derecho interno en la Ley

23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

En segundo lugar, estudiaremos aquellas conductas más comunes de puesta a disposición de la obra en Internet tales como el intercambio de archivos *P2P*, los *links* y el *streaming*, analizando la tipicidad de estos actos realizados tanto por usuarios como por los prestadores de servicios de la información.

Una vez finalizado dicho comentario, nos centraremos en estudiar cómo estas conductas han puesto en peligro el monopolio de los derechos de autor, y las soluciones que se han articulado al respecto. Ello justifica que finalicemos nuestro trabajo con las últimas medidas adoptadas por nuestro legislador cuyo propósito fundamental es paliar los daños causados al autor o titular de los derechos patrimoniales. En concreto, haremos referencia a la conocida como *Ley Sinde*, así como las últimas propuestas llevadas a cabo de reforma del Código Penal y de la Ley de Propiedad Intelectual, realizando un análisis de la efectividad de éstas y las respuestas que han tenido los colectivos implicados en la materia.

2. El nuevo derecho de puesta a disposición. La Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos afines en la Sociedad de la Información¹⁶⁵ 2001/29/CE

2.1 Consideraciones generales

Los antecedentes de la Directiva comunitaria parten de la preocupación de la Comisión por los avances tecnológicos que hacían peligrar los derechos de autor, dando respuesta a estos nuevos retos con una serie de textos donde se abordaban cuestiones relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías y los derechos de propiedad intelectual.¹⁶⁶ Al respecto, cabe destacar el *Libro Verde sobre los Derechos de Autor y el Desafío Tecnológico*,¹⁶⁷ el informe *Europa y la Sociedad Global de la Información*,¹⁶⁸ la Comunicación *Europe's Way to the Information Society*¹⁶⁹ así como el *Libro Verde sobre los derechos del autor y los*

¹⁶⁵ Para MASSAGUER y SALELLES, “El Derecho de la Propiedad Intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas”. *RGD*, Septiembre, 1997, con la expresión *Sociedad de la Información* se alude, por un lado, al conjunto formado por la infraestructura constituida por las llamadas “autopistas de la información” o conjuntos de redes de ordenadores interconectados a través de líneas telefónicas (cable o satélite) que permiten a sus usuarios una intercomunicación electrónica, y, por otro, toda la información que se introduce y circula por estas vías.

¹⁶⁶ No podemos obviar la trascendencia que tuvieron en la configuración de esta Directiva los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, quien asumió la iniciativa de adaptar el derecho de autor y los derechos afines a las nuevas modalidades de explotación, a través del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptados en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra que tuvo lugar en diciembre de 1996.

¹⁶⁷ Según GARROTE, “*El Libro verde resaltaba tres aspectos fundamentales. En primer lugar, el cambio en los modos productivos de la sociedad. Se apuntaba el paso de una economía basada en la producción de bienes a otra basada en la producción de servicios de valor añadido, fruto de la tecnología. En segundo lugar se señalaba el daño potencial que podía sufrir la industria-se está pensando en los programas de ordenador-como consecuencia de la copia privada. En tercer lugar, se señalaba la necesidad de una actuación comunitaria para favorecer el mercado interior y la competencia con los socios comerciales de la CEE, en especial los Estados Unidos y Japón.*” Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p.216, nota 195.

¹⁶⁸ Conocido como Informe Bangemann, preparado por el *High-Level Group on the Information Society*, presidido por Martin Bangemann, 26 de mayo de 1994, Bruselas. Con él comienza lo que hoy conocemos Sociedad de la Información por cuanto establecía los pasos para hacer un uso beneficioso de las nuevas tecnologías.

¹⁶⁹ Creado por la Comisión en julio de 1994 y cuya finalidad era crear un marco jurídico al nuevo entorno digital.

*derechos afines en la Sociedad de la Información.*¹⁷⁰

Este último texto, el *Libro Verde sobre los derechos del autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*, fue determinante para la configuración de la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos afines en la Sociedad de la Información. Con él se abrió un proceso de consultas entre los Estados implicados para debatir la configuración del marco legislativo necesario en el Derecho Comunitario dentro del nuevo contexto tecnológico. Para ello, fueron necesarias varias reuniones entre los años 1995 y 1996,¹⁷¹ cuyo resultado fue la redacción por parte de la Comisión de la *Comunicación de Seguimiento al Libro Verde* de 20 de noviembre de 1996, donde quedarían plasmados los temas que se consideraban necesarios regular de forma inminente para ser armonizados a nivel comunitario por considerarse de mayor importancia, y que fueron los que finalmente se incluyeron en la Directiva; entre ellos, se encontraba el derecho de comunicación al público.¹⁷²

De este modo, la Directiva comienza con una *Propuesta de Directiva* de 10 de diciembre de 1997, basada en los temas incluidos en la *Comunicación de Seguimiento al Libro Verde*. Esta propuesta fue remitida al Parlamento Europeo el 21 de enero de 1998, y el 21 de mayo de 1999, tras un periodo de proposición y aprobación de enmiendas, la Comisión presentó su *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Dicho texto fue modificado posteriormente por la *Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos*

¹⁷⁰ Creado también por la Comisión en 19 de julio de 1995.

¹⁷¹ Las reuniones acontecían en Bruselas y Florencia.

¹⁷² También se incluían el derecho de reproducción, la protección mediante medidas tecnológicas y el derecho de distribución, que no son objeto de este trabajo.

*afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*¹⁷³ aprobado por el Parlamento, con el apoyo de la Comisión, el 14 de febrero de 2001 mediante Resolución Legislativa, y posteriormente por el Consejo el 8 de abril de 2001. Finalmente, el 22 de mayo de 2001 se aprueba la Directiva 2001/29/CE,¹⁷⁴ basándose para su redacción y contenido en principios y normas ya establecidos por las Directivas vigentes en la materia.¹⁷⁵

En lo relativo a su estructura, la Directiva está formada por 15 artículos, agrupados en cuatro Capítulos. El Capítulo I, sobre “*Objetivos y ámbito de aplicación*”; el Capítulo II, “*Derechos y excepciones*”; el Capítulo III, rubricado “*Protección de las medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos*”; y por último, el Capítulo IV, donde se incluyen las “*Disposiciones comunes*”.

El propósito de la Directiva no era otro que armonizar los derechos de explotación que estuviesen referidos a las nuevas tecnologías dado que los diferentes Estados comenzaban a regular esta materia en sus ordenamientos

¹⁷³ De 28 de septiembre de 2000. Efectuó algunas importantes modificaciones como el régimen de excepciones.

¹⁷⁴ Publicada en el DOCE el 22 de junio de 2001.

¹⁷⁵ En particular, las Directivas 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, Directiva modificada por la Directiva 93/98/CEE, Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines y Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y los desarrolla e integra en la perspectiva de la sociedad de la información. Sobre el proceso de elaboración de la Directiva *Vid.* GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit.; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., “La propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información” *RPI*, Núm. 2. 1999, p. 79 a 97; PLAZA PENADÉS, J., “La Propuesta de Directiva de Derechos de autor y Derechos afines a la sociedad de la información”, *RDP*, 2000, núm. 4, p. 87 y ss.; SERRANO GÓMEZ, E. “*La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*”, Madrid, 2000; ROGEL VIDE, C. Y OTROS, “*Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual*”, Madrid, 1999.

internos de forma autónoma creando discrepancias y notables diferencias normativas.¹⁷⁶ Por tanto, resultaba necesario garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de productos y servicios relacionados con la creación intelectual a través de Internet en un sistema totalmente globalizado, ofreciendo una mayor seguridad jurídica en esta materia. En efecto, el legislador comunitario fue el primero que advirtió la urgencia en adaptarse al contexto social en el que nos encontrábamos, creando un marco normativo a través de la Directiva 2001/29/CE que dota del mismo nivel de protección a todos los ciudadanos de la Unión Europea con el propósito de armonizar, incentivar y preservar la creación intelectual en el entorno digital.

Por tanto, se trata de un texto que no viene a regular todos los derechos de explotación, sino sólo los que se encuentren relacionados con las nuevas tecnologías.¹⁷⁷ De este modo, centra su atención en primer lugar, en los derechos de reproducción, distribución, alquiler y comunicación pública.

En segundo lugar, se ocupa de los límites a los derechos de explotación incluyendo un repertorio extenso de excepciones, resultando su incorporación voluntaria para los Estados, a excepción de un caso aplicable sólo al derecho de reproducción: los actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras

¹⁷⁶ Para GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 222, la Directiva tenía 3 objetivos: “En primer lugar, asegurar que el mercado unido no se vea fragmentado por los diferentes niveles de protección que los estados miembros ofrecen, adaptando la legislación comunitaria al nuevo ambiente interactivo e informático. En segundo lugar, implementar las obligaciones contraídas por la U.E. como firmante en nombre propio de los Tratados de la OMPI de 1996. El tercer objetivo fundamental es que en el proceso de adaptación se mantenga el equilibrio entre los derechos y obligaciones de todas las partes implicadas.”

¹⁷⁷ Excluyéndose temas como la responsabilidad civil de los intermediarios en caso de infracciones a los derechos de autor o la protección a las páginas Web. No regula tampoco los derechos morales, dado que se limita a los derechos de explotación.

partes por un intermediario, o una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente. Sólo en este caso, se impone a los Estados su inclusión en los ordenamientos jurídicos internos.

Uno de los objetivos de la Directiva era establecer y poner a disposición de los titulares de derechos de autor medidas tecnológicas destinadas a impedir o restringir actos que no contaran con su autorización. Lógicamente, y dado que hasta entonces cada Estado había ido regulando de forma individualizada la protección de estos derechos, se advirtió la necesidad que dicha regulación se armonizara en lo que a estas medidas tecnológicas se refiere. En consecuencia, en tercer lugar, la Directiva arbitra un conjunto de medidas tecnológicas cuyo objetivo fundamental es evitar conductas defraudatorias.

Además, en cuarto lugar, el legislador comunitario con objeto de simplificar la gestión de los derechos vinculados a la obra entendió que era preciso llevar a cabo una identificación más precisa de ésta, así como del autor o titular del derecho. Junto a ello también consideró necesario que se proporcionara mayor información sobre las condiciones y modalidades de utilización de la obra o la prestación. Dichas consideraciones quedaron reflejadas en el artículo 7¹⁷⁸ que bajo la rúbrica “*Obligaciones relativas a la información para la gestión de derechos*” disponía que se entendía por *información para la gestión de derechos* como “*toda información facilitada por los titulares de los derechos que identifique*

¹⁷⁸ Vid. artículo 7.1 de la Directiva 2001/29/CE, según el cual “*Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a todas aquellas personas que a sabiendas lleven a cabo sin autorización cualquiera de los siguientes actos: a) supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos, b) distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva o en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, sabiendo, o teniendo motivos razonables para saber que al hacerlo inducen, permiten, facilitan o encubren una violación de los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor establecidos por una norma jurídica, o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE.*”

*la obra o prestación protegida contemplada en la presente Directiva, o a que se refiere el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE, al autor o cualquier otro derechohabiente, o información sobre las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información.*¹⁷⁹

En quinto lugar, otra de las importantes propuestas incluidas era la previsión de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que llevaran aparejada la posibilidad de solicitar reparación de daños y perjuicios y/o medidas cautelares y, cuando fuera procedente, la incautación del material ilícito, así como vías de recurso efectivas contra la vulneración de los derechos y las obligaciones establecidos en la propia Directiva.

Por otro lado y debido a que el entorno digital se caracterizaba por utilizar cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas, el legislador previó la necesidad de que los titulares de los derechos pudieran además solicitar medidas cautelares contra esos intermediarios que a su vez facilitarían o transmitirían por la Red las obras sin el consentimiento del autor, sin perjuicio de las sanciones o recursos antes expuestos.

En definitiva, el derecho de comunicación pública fue unificado en el ordenamiento comunitario, configurándose por la Directiva en un sentido amplio que comprendiese todo tipo de actos de comunicación pública no efectuados en el mismo lugar en el que se origina la difusión de la obra. Esta interpretación amplia fue concretada tras la ya citada Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2006,¹⁸⁰

¹⁷⁹ Vid. artículo 7.2 de la Directiva 2001/29/CE. Recordar que la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, es la referida sobre la protección jurídica de las bases de datos.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 7 de diciembre de 2006, Sala Tercera, asunto C.306/05.

que sirvió para armonizar el concepto europeo de comunicación pública basándose para ello en lo dispuesto en el artículo 3 de la propia Directiva 2001/29/CE como así se indica en el apartado 36 de la referida sentencia, según la cual *“del vigesimotercer considerando de la Directiva 2001/29 se desprende que el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio. Esta interpretación resulta, además, indispensable para la consecución del objetivo principal de dicha Directiva, que, como se deriva de sus considerandos noveno y decimo, se concreta en lograr un elevado nivel de protección a favor, entre otros, de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra y, concretamente, en el caso de su comunicación al público.”* Dicho de otro modo, el monopolio del autor sobre su obra comprende también tanto el derecho de comunicación pública como el derecho de poder poner a disposición del público las obras protegidas mediante transmisiones interactivas *a la carta (on-demand)*.¹⁸¹

A continuación analizaremos el contenido del artículo 3 de la Directiva, el cual armonizó el derecho de puesta a disposición al público, para posteriormente referirnos precisamente a la configuración de este nuevo derecho como forma de comunicación pública.

¹⁸¹ Vid. PLAZA PENADÉS, J., *“Propiedad intelectual y sociedad de la información. La Directiva Comunitaria”*, Este estudio, cerrado en septiembre de 2001, se inserta en el Programa de Investigación “Contratación electrónica, marco actual y tendencias futuras” dirigido por el Profesor V. L. Montés Penadés, Repertorio de Jurisprudencia núm. 45/2001, Pamplona. 2001, *“Estas transmisiones «a la carta» consisten en que una obra o trabajo afín almacenado de forma digital se pone a disposición de las personas interesadas de forma interactiva, esto es, de modo que éstas pueden acceder a la obra y solicitar su transmisión desde el lugar y en el momento en que ellas mismas elijan.”*.

2.2 El artículo 3 de la Directiva. El nuevo derecho de puesta a disposición

Anteriormente a la Directiva, las transmisiones interactivas ya se encontraban mínimamente reguladas en la normativa comunitaria en el artículo 7.2 b) de la Directiva sobre Bases de Datos,¹⁸² pues regulaba el supuesto de reutilización del fabricante de una base de datos como “(...) *toda forma de puesta a disposición del público (...) mediante (...) transmisión en línea*”. Sin embargo, aunque esta Directiva ya hacía referencia al derecho de puesta a disposición del público como forma de comunicación pública, en realidad su ámbito de aplicación estaba limitado a las bases de datos, de tal forma que no comprendía las demás obras intelectuales. Por otra parte, las legislaciones nacionales regulaban de manera dispar el derecho de comunicación pública. Como señala GARROTE,¹⁸³ existían en las leyes de cada Estado unos derechos específicos como el de ejecución pública, derecho de radiodifusión, de retransmisión por cable, etc., que aún siendo todos cercanos al derecho de comunicación pública tenían, evidentemente, un alcance y significado diferente en cada nación. Por tales motivos, la Comisión se vio en la necesidad de armonizar dicha normativa, a la vista de las diferencias de los derechos de autor en los Estados miembros.

Para la configuración del derecho de comunicación pública así como el derecho de poner a disposición del público obras u otros trabajos afines, el legislador comunitario se basó en lo previsto ya en la normativa internacional. Concretamente, estos derechos se encontraban regulados en el artículo 8 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor de 20 de diciembre de 1996,¹⁸⁴ así como en los arts. 10¹⁸⁵ y 14¹⁸⁶ del

¹⁸² Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

¹⁸³ Vid. *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 229.

¹⁸⁴ El tenor literal del artículo es el siguiente: “Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1 ii), 11 bis 1 i) y ii), 11 ter 1 ii), 14.1 ii) y 14 bis 1 del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas de 20 de diciembre de 1996. Ambos Tratados supusieron la respuesta dada, en el ámbito internacional, a los nuevos actos que se realizaban al amparo de las transmisiones interactivas que Internet ofrecía.¹⁸⁷ Por tanto, el legislador comunitario se basó en la redacción prevista en estos textos al configurar el derecho de puesta a disposición como una modalidad de comunicación pública. Para GARROTE,¹⁸⁸ los tres textos tienen “*influencias mutuas*”, puesto que algunas disposiciones de los Tratados, y concretamente los referidos al derecho de comunicación pública, reflejaron *la postura previa de la UE al respecto*.

No obstante a pesar de que éste fue el propósito del legislador comunitario, en realidad, sólo se refiere a la comunicación pública de obras o prestaciones de forma “*indirecta*”;¹⁸⁹ dicho de otro modo, solo alude a aquellas hipótesis en las que no existe simultaneidad entre la obra y el espectador, pues se refiere en todo caso a actos de disposición de la obra de forma “*no en vivo*”. Ello se debe a que las comunicaciones “*directas*” como las representaciones teatrales, por ejemplo, no se encontraban afectadas por el fenómeno de Internet y a la posibilidad de acceder a

del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. La opinión al respecto de GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 183, es el siguiente: “*El tenor literal del artículo, pese a su título, se limita a hacer una definición descriptiva del acto de transmisión interactiva, en el que lo relevante es que los miembros del público puedan acceder a las obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, sin vincular la puesta a disposición a ninguna tecnología específica.*”

¹⁸⁵ El precepto dispone: “*Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*”

¹⁸⁶ Textualmente: “*Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*”

¹⁸⁷ Para GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 176., ambos Tratados son un hito importante en la protección de la propiedad intelectual, ya que reflejan de manera muy clara que su principal objetivo es hacer que Internet sea una vía segura para el comercio electrónico de obras protegidas, sin tener en cuenta, al menos en un primer plano, los intereses de los autores...

¹⁸⁸ Vid. *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 223.

¹⁸⁹ Vid. GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 231.

la obra en cualquier momento y en cualquier lugar, motivo por el que no suponían un problema para el mercado comunitario y no se entendió necesario incluirlas en la Directiva.

Sistemáticamente el nuevo derecho de puesta a disposición, está situado en el Capítulo II, “*Derechos y excepciones*”, más concretamente en el artículo 3 de la Directiva.

Dicho precepto está compuesto por tres apartados diferentes¹⁹⁰ El primer apartado reconoce a los autores de la creación intelectual la facultad de “*autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras (...) incluida la puesta a disposición al público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*”

Como podemos observar, de la redacción del precepto se desprende que la noción de *comunicación pública* es un concepto más amplio en el cual se comprende, entre otras manifestaciones, la *puesta a disposición del público de la obra*.

¹⁹⁰ En tenor literal del precepto es: “1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.”

En efecto, en el propio apartado se contiene una diferenciación entre el acto de comunicación pública y el de puesta a disposición.¹⁹¹ La distinción entre ambos conceptos radica en que el derecho de comunicación pública está destinado fundamentalmente a regular las comunicaciones fuera de línea de la obra o servicio, es decir, cuando no se esté conectado a la Red. Por el contrario, el derecho de puesta a disposición del público es una modalidad de derecho de explotación que se restringe a las transmisiones en línea de la obra o servicio; es decir, se limita a aquellos actos que se realicen a través de Internet. Quizás el punto más relevante de la definición de este nuevo derecho sea el empleo de la expresión acto por el cual *“cualquier persona pueda acceder a ellas (las obras) desde el lugar y en el momento que elija.”* Éste es el verdadero contenido y razón de ser del derecho de puesta a disposición. Lo trascendente es el cómo se tiene acceso a la obra, quedando en segundo plano la importancia de la noción de *público*, básicamente porque con esta modalidad las comunicaciones se realizan *punto a punto*, y no *punto a público*,¹⁹² como se efectúa en la práctica tradicional del derecho de comunicación pública.

El segundo apartado del artículo 3 de la Directiva está dedicado a los titulares de derechos afines. Los derechos afines, o también llamados derechos conexos, tienen por finalidad proteger el esfuerzo y el aporte creativo, técnico u organizativo de aquellas personas o instituciones que ponen las obras a disposición del público, esto es, los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores y organismos de radiodifusión. Se trata de personas que si bien, no

¹⁹¹ Vid. GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 232.

¹⁹² En una red punto a punto, llamada también entre pares, dos o más ordenadores están conectados a través de una red y pueden compartir recursos sin tener un servidor dedicado. Cada dispositivo final conectado (conocido como punto) puede funcionar como un servidor o como un cliente. Un ordenador puede asumir el rol de servidor para una transacción mientras funciona en forma simultánea como cliente para otra transacción. Trasladado al formato analógico, la comunicación pública supone una forma de comunicación punto a multipunto por cuanto sólo existe un servidor y transmite a unos clientes sin poder asumir a la vez el rol del otro.

son considerados autores *stricto sensu*, sus prestaciones se encuentran estrechamente vinculadas a las desarrolladas por éstos, para los cuales se atribuyen unos derechos similares a los de los autores pero diferentes.

De este modo, con el fin de armonizar los derechos afines en el entorno digital, la Directiva crea también un nuevo derecho para sus titulares, el *derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público* sus prestaciones o servicios. Además, incluye en este apartado como titulares de dicho derecho a los productores cinematográficos, entidades de radiodifusión e intérpretes del sector audiovisual a fin de que igualmente sean incorporados al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro; en este aspecto se aprecia una diferencia con lo dispuesto en el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas de 20 de diciembre de 1996, que sólo se refiere a los artistas intérpretes y ejecutantes del sector sonoro y productores de fonogramas.¹⁹³

Este apartado segundo dispone que “*Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:*

a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

¹⁹³ Vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p.236.

d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.”

Por tanto, en lo relativo a la extensión del derecho reconocido a estos sujetos, la Directiva al hacer alusión exclusivamente al derecho de puesta a disposición de los titulares de derechos afines, en realidad, sólo cubre las transmisiones interactivas. Para GARROTE,¹⁹⁴ *se está pensando en el supuesto en el cual se ofrecen al público desde una base de datos accesible desde Internet obras musicales, películas, u obras multimedia, que se reciben por el consumidor directamente en su casa, con lo que se está sustituyendo, en términos económicos, la venta de ejemplares materiales de esas obras.* En definitiva, este apartado segundo de la Directiva, obliga a los Estados miembros a que reconozcan el derecho de puesta a disposición del público a quienes, aun no siendo los autores de las obras, prestan servicios directamente vinculados en aquellos casos en los que el público no esté presente en el lugar donde la obra se comunica, pero pueden elegir cualquier espacio y tiempo en el que acceder.

El apartado tercero del artículo 3, dispone que *“Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.”* Este apartado, viene a determinar que el derecho de comunicación al público, incluido el derecho de puesta a disposición no se agota con la transmisión en línea, porque cada utilización en línea es una actividad que requiere el consentimiento del titular y cada acto es nuevo a efectos de generar derechos de autor. Esto es, que la utilización en línea de una obra puede repetirse un número indefinido de veces sin que se produzca el agotamiento. Como señala

¹⁹⁴ Vid. *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 235 y 236. La adopción de un derecho exclusivo de comunicación al público para los titulares de derechos afines era un tema en el que no había un consenso entre los Estados miembros.

PLAZA PENADÉS,¹⁹⁵ con este apartado se aclara así una realidad que hasta este momento había sido mal entendida, pues cualquier usuario se creía con derecho a poner a disposición del público en su página WEB obras protegidas por el derecho de autor que había obtenido libremente de otra página WEB, pensando que tal material, por el hecho de estar en la Red a disposición del público, se convertía en material de libre utilización. De este modo, se determina la ilicitud de ese tipo de actuaciones, puesto que la obtención, mediante reproducción en el ordenador, de una obra literaria, artística o científica, no autoriza a quien la obtiene a poner dicha obra a disposición de los demás en la Red si no es titular del derecho de puesta a disposición on demand. El agotamiento en los derechos de autor sólo es posible para el derecho de distribución con la venta de ejemplares.¹⁹⁶

En definitiva, en este artículo 3 se concretó la finalidad de la Directiva, esto es, la regulación de las condiciones de explotación de las obras de los titulares de derechos patrimoniales en un entorno digital a la carta asegurando a su vez el monopolio¹⁹⁷ de los derechos de explotación por parte del titular de estos derechos en el entorno de Internet.

¹⁹⁵ Vid. “Propiedad intelectual y sociedad de la información...” op. cit.

¹⁹⁶ El concepto del agotamiento surgió en el contexto del derecho de distribución, introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, por el cual se incorpora el contenido de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, posteriormente deroga por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. El fundamento del agotamiento radica en el propósito del legislador de encontrar un equilibrio entre el interés del titular del derecho de distribución a intervenir en la difusión de su obra mediante el control de la circulación de los ejemplares y, por otra parte, proteger el interés del tráfico de la libre circulación de bienes y servicios.

¹⁹⁷ Sobre los peligros del monopolio de los derechos de autor trataremos más adelante en este estudio.

2.3 Configuración del derecho de puesta a disposición en la Directiva comunitaria

Una vez analizado el contenido del artículo 3 de la Directiva en el cual se contempla el derecho de puesta a disposición como una modalidad concreta del derecho de comunicación pública, vamos a abordar en este apartado la principal característica de este nuevo derecho: la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder a las obras o prestaciones relacionadas con los derechos de autor desde el lugar y en el momento que ella misma elija.

Para hacer efectiva esa posibilidad garantizando al mismo tiempo el derecho exclusivo del autor de esta modalidad de utilización a la carta (*on-demand*) de las obras en el entorno digital, el artículo 3 otorga a los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público de sus obras. Por tanto, estos nuevos actos desarrollados en el entorno digital, caracterizados por el acceso a las obras en cualquier momento y en cualquier lugar, podrán efectuarse única y exclusivamente con el consentimiento del titular del derecho de autor o derechos afines.

Sin embargo, no sólo era importante incluir este tipo de comportamientos dentro de los derechos de explotación que le corresponden al autor, sino que además era preciso delimitar en qué derecho debía incluirse este tipo de conductas. En efecto, hasta ese momento y dada la situación de vacío legal que existía, el legislador de cada Estado eligió dentro de los derechos patrimoniales atribuidos al autor, cuál de ellos resultaba infringido por esta puesta a disposición de la obra *on-demand*. Según se desprende de la propia redacción del precepto, el legislador comunitario no configuró el derecho de puesta a disposición como un nuevo derecho, sino como subtipo del derecho de comunicación al público lo cual

no fue una opción unánimemente aceptada por la doctrina española.¹⁹⁸

Uno de los aspectos más controvertidos de este derecho era la concreción de lo que debe entenderse por público en la medida que los distintos Estados miembros podían tener su propia noción. En este sentido, lo importante era que el espectador pudiera elegir tanto la obra como el momento y el sitio donde disfrutarla, descartando aquellos actos que de algún modo coartasen la capacidad de elección del destinatario.¹⁹⁹

Al respecto, en primer lugar, la Directiva en el artículo 3 aclaró y unificó este concepto en las transmisiones interactivas de las obras, entendiendo que es *público* la suma de cada uno de los individuos que de forma individualizada accede a la misma obra; esto es, la concurrencia de una pluralidad de personas no ligadas por vínculos personales.²⁰⁰ En definitiva, el derecho de puesta a disposición al público comprende aquellos actos en que toda persona individualmente pueda acceder a las obras desde el lugar y en el momento en que ella misma elija, con independencia del número de personas que realmente accedan a la obra.

¹⁹⁸ A favor de esta postura, GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., “La Propuesta de Directiva...” op. cit. También GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La propuesta de directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a la Sociedad de la Información”, en *NTPI*, coordinado por ROGEL VIDE, C., Madrid, 1999. En contra, gran parte de la doctrina considera que debió de regularse como un derecho independiente y separado del derecho de comunicación al público. Vid. PLAZA PENADÉS, J., “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, en *RDNT*, núm. 12, 2006; en la misma línea, FERNÁNDEZ DÍEZ, I., “*El Derecho de Autor en Internet...*” op. cit. p. 234.

¹⁹⁹ Con ello nos referimos por ejemplo a los denominados *casi videos a la carta* caracterizados porque el usuario sólo tiene la posibilidad de acceder a un determinado programa que se emite al público donde se oferta un programa no interactivo el cual se emite varias veces; o los *push technologies* donde es el proveedor del servicio quien decide el momento de envío de la obra y no el espectador.

²⁰⁰ Vid. SERRANO CAÑAS, J.M., “La transposición de la Directiva 2001/29/CE. Una visión comparada” en *Nuevos retos para la propiedad intelectual. II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a*. A Coruña. 2008; también PLAZA PENADÉS, J., “*Propiedad intelectual y sociedad de la información...*” op. cit. p.10.

En segundo lugar, este derecho de puesta a disposición dispone de excepciones o limitaciones las cuales pueden ser adoptadas por los Estados. Estas excepciones suponen una restricción de los derechos de propiedad intelectual reconocidos a los autores o causahabientes a favor de los destinatarios de las obras, para así poder conseguir un justo equilibrio entre ambas partes. Concretamente, las excepciones posibles referidas al derecho de comunicación pública se contienen en el apartado tercero del art. 5.²⁰¹ Igualmente, en el art. 5 se recogen otro conjunto de excepciones que afectan además del derecho de

²⁰¹ El tenor literal del apartado 3 del artículo 5 de la Directiva es el siguiente: “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida; b) cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada; c) cuando la prensa reproduzca o se quiera comunicar o poner a disposición del público artículos publicados sobre temas de actualidad económica, política o religiosa, o emisiones de obras o prestaciones del mismo carácter, en los casos en que dicho uso no esté reservado de manera expresa, y siempre que se indique la fuente, incluido el nombre del autor, o bien cuando el uso de obras o prestaciones guarde conexión con la información sobre acontecimientos de actualidad, en la medida en que esté justificado por la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor; d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido; e) cuando el uso se realice con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos; f) cuando se trate de discursos políticos y de extractos de conferencias públicas u obras o prestaciones protegidas similares en la medida en que lo justifique la finalidad informativa y siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor; g) cuando el uso se realice durante celebraciones religiosas o celebraciones oficiales organizadas por una autoridad pública; h) cuando se usen obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos; i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material; j) cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial; k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche; l) cuando se use en relación con la demostración o reparación de equipos; m) cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio; n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia; o) cuando el uso se realice en otros casos de importancia menor en que ya se prevean excepciones o limitaciones en el Derecho nacional, siempre se refieran únicamente a usos analógicos y que no afecten a la libre circulación de bienes y servicios en el interior de la Comunidad, sin perjuicio de las otras excepciones y limitaciones previstas en el presente artículo.*”

comunicación pública, al de reproducción y el de distribución.²⁰²

Finalmente, el estudio de este derecho quedaría incompleto si no se hiciera una breve referencia a la relación existente entre el derecho de puesta a disposición y el derecho de reproducción y distribución.

En efecto, puede suceder que un acto de puesta a disposición al público requiera de una serie de actos de transmisión y reproducción. Así sucede por ejemplo, en los actos de almacenamiento temporal de una obra en un ordenador. Según lo contenido en la Directiva, estos actos son considerados reproducción y se encuentran regulados en el artículo 2 del derecho de reproducción.²⁰³

Al no existir copia que pueda circular libremente por el mercado el acto de reproducción referido a la obra recibida en un ordenador que se guarda en su

²⁰² Excepto la excepción contenida en el apartado 1 del artículo 5, aplicable sólo al derecho de reproducción, de forma obligatorio, el resto se trata de excepciones voluntarias que el legislador comunitario ofrece para que los Estados miembros la incorporen a su Derecho interno en caso de que lo consideren necesario. Así por ejemplo se reconoce una excepción relativa a personas con minusvalías en el art. 5.3 b) de la Directiva; de este modo los Estados miembros tienen la opción de establecer una excepción a favor de este colectivo cuya finalidad es permitir el acceso a la información y a la cultura de las personas minusválidas, como sucedería por ejemplo con una adaptación de un libro al sistema Braille, en cuyo caso no se pagarían derechos de autor. Como afirma GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I, *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit., deben de cumplirse cuatro requisitos para que pueda darse la excepción, *En primer lugar, el uso debe realizarse en beneficio de personas con minusvalías. En segundo lugar, debe guardar una relación directa con la minusvalía. En tercer lugar, no puede tener un carácter comercial, y, por último, el uso debe de hacerse en la medida en que lo exija la minusvalía considerada. Esto quiere decir que la excepción cubre aquellas reproducciones que se adaptan para que puedan ser disfrutadas por las personas con minusvalía.*

²⁰³ Artículo 2 de la Directiva, según el cual: “Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte: a) a los autores, de sus obras; b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas; e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.”

memoria para su mero disfrute no da lugar al agotamiento del derecho.²⁰⁴ El agotamiento se relaciona además directamente con el derecho de distribución de ejemplares materiales de las obras, y, por tanto, sólo puede agotarse cuando las reproducciones se incorporen a un soporte material como, por ejemplo, un CD.

Por otro lado se considera que cuando esos actos de reproducción son necesarios para posibilitar o facilitar la comunicación pública o puesta a disposición de la obra, entonces son accesorios y forman parte de un mismo acto; por este motivo pueden quedar comprendidos en la excepción o límite que con carácter obligatorio impone el artículo 5²⁰⁵ de la Directiva 2001/29/CE, no devengando derechos de autor dichas reproducciones.²⁰⁶

Con estas premisas, cabe plantearse si además del acto de reproducción, la transmisión en línea podría suponer una distribución digital de ejemplares. Sobre esta cuestión, el Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor dispuso las dudas que pudieran existir al respecto incluyendo una *Declaración concertada a los Artículos 6 y 7* referidos al derecho de distribución y al derecho de alquiler donde se concretaba el ámbito de aplicación de estos derechos. En dicha *Declaración concertada* se concluyó que los actos de distribución debían limitarse a la distribución de copias físicas o tangibles, y no abarcar las transmisiones digitales en línea, disponiendo literalmente lo siguiente: “*Tal como se utilizan en estos Artículos, las expresiones “copias” y “originales y copias” sujetas al derecho*

²⁰⁴ Vid. GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p. 239; en el mismo sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas”, en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.

²⁰⁵ El tenor literal del artículo 5.1 de la Directiva es el siguiente: “1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.”

²⁰⁶ Vid. PLAZA PENADÉS, J., “Propiedad intelectual y sociedad de la información...” op. cit. p.9.

*de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos Artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles.*²⁰⁷

En definitiva, como pone de manifiesto ANTEQUERA PARILLI²⁰⁸ *las situaciones planteadas con motivo del almacenamiento digital y la transmisión de la programación así fijada, pueden resolverse en consecuencia mediante la aplicación de los principios tradicionales atinentes a los derechos de reproducción y comunicación pública, según los casos, sin descartar la posibilidad de que una legislación considere a los actos mencionados como formas de “distribución por transmisión”, independientemente de calificarlos también como modos de reproducción y de comunicación al público de las obras.*

3. El derecho de puesta a disposición al público en la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

3.1 Consideraciones generales

Con la entrada en vigor del TRLPI de 1996, España se ponía en una posición muy aventajada a nivel europeo en lo que a derechos de propiedad intelectual se refiere, pues el legislador supo incorporar rápidamente a nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones que en esta materia nos venían impuestas

²⁰⁷ Tratado de la OMPI sobre derecho de autor adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

²⁰⁸ Vid. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid. 2007. p. 335.

por las Directivas comunitarias dictadas desde la aprobación de la Ley de 1987. No obstante, el desarrollo social unido al desarrollo tecnológico, así como de los medios de difusión, marcaba una velocidad mucho mayor de la que el legislador era capaz de avanzar.

La norma no era suficiente, Internet se convierte en la ventana de acceso a todo tipo de obras como literarias, musicales, cinematográficas, etc., y conforme iba introduciéndose en los domicilios españoles, los usuarios se fueron convirtiendo prácticamente en expertos informáticos autodidactas, capaces de compartir música, películas, libros, así como cualquier obra que pudiera ser convertida en archivo de datos. Todo aquél que tuviera acceso a Internet, tenía acceso a las obras en cualquier momento y en cualquier lugar, hechos determinantes que marcaron la diferencia con todos los medios de comunicación pública existentes hasta ese momento. De algún modo era necesario recoger jurídicamente estas nuevas vías de acceso a la obra, las cuales ponían en grave peligro los derechos de autor. Hay que tener en cuenta que estos comportamientos al no estar regulados específicamente incluidos dentro de los derechos de explotación dejaba desprotegidos a los titulares que ostentaban derechos patrimoniales sobre las obras intelectuales, los cuales veían como éstas se encontraban navegando por Internet sin control alguno. Surgían situaciones, ahora tan familiares, como son las descargas de archivos portadoras de obras, en las que no era necesario comprar el soporte físico que contuviera la obra ya que se conseguía en la Red de forma gratuita, lo cual originaba cuantiosas pérdidas económicas a las industrias audiovisuales.

En este contexto, las reformas en nuestro ordenamiento jurídico se llevaron a cabo mediante la publicación de dos nuevas leyes en el año 2006, esas son la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la

que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Estas modificaciones responden a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de dos Directivas de la Unión Europea. En primer lugar la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; en segundo lugar la ya conocida Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, con la que la Unión Europea,²⁰⁹ ha querido cumplir los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996, sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.²¹⁰

En los siguientes apartados realizaremos un estudio detallado de la Ley 23/2006 de transposición de la Directiva 2001/29/CE que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el derecho de puesta a disposición.

²⁰⁹ La Directiva fue incorporada al Derecho español con bastante retraso, de hecho España fue condenada por el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de abril de 2005, asunto C-31 por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la meritada Directiva, por entre otros motivos, haberla incorporado 4 años después al plazo máximo dispuesto, esto es, el 22 de diciembre de 2002.

²¹⁰ Párrafo 2º de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2006.

3.2 Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

En lo que a nosotros nos interesa, la reforma llevada a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio, es la que ha introducido los cambios más significativos pues modifica los derechos de explotación para adaptarlo a la nueva era digital y tecnológica.

La Ley introdujo treinta y una modificaciones a la anterior Ley de Propiedad Intelectual, a través de un artículo único. Además incluye tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

Los criterios seguidos en la transposición se han basado, preferentemente, en la fidelidad al texto de la Directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa, como así se expone en el propio Preámbulo de la Ley.²¹¹

Como se ha apuntado, las modificaciones efectuadas se llevan a cabo con el fin de armonizar fundamentalmente los derechos patrimoniales de reproducción, distribución y comunicación pública. Dichas modificaciones no vienen a cambiar sustancialmente la noción de estos derechos; es más, no alteran el concepto tradicional dado a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, sino que añade aclaraciones como consecuencia del nuevo contexto

²¹¹ Vid. Preámbulo I, de la Ley 23/2006, de 7 de julio por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, textualmente así lo indica: “Los criterios seguidos en la transposición se han basado, preferentemente, en la fidelidad al texto de la Directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa.”

digital en el que se desarrollan y se ubican nuevas conductas en los ya tradicionales derechos de explotación. Como señala el legislador en el Preámbulo de la Ley sólo se pretende aclarar lo que ya se consideraba implícito en el TRLPI.

En líneas generales, los cambios más destacados vienen a ser los siguientes.

En primer lugar, respecto del derecho de reproducción, ante la necesidad de adaptarse a los nuevos comportamientos que aparecen gracias a los avances tecnológicos y a la creación de nuevas formas de difusión de las obras, se amplía su ámbito al extenderse al mundo digital, si bien se mantiene el concepto de este derecho regulado en el artículo 18 del TRLPI;²¹² para ello, se incluyen en la definición todas las posibles formas en las que pueda manifestarse: directa o indirecta, a través de cualquier medio y en cualquier forma.²¹³

En segundo lugar, algo similar sucede con el derecho de distribución²¹⁴ el cual si bien mantiene su concepto, introduce algunos cambios con el fin de evitar las confusiones suscitadas por esta forma de explotación en el entorno digital. Así aclara que este derecho requiere de un soporte tangible para su ejecución, de

²¹² Vid. Artículo 18 del TRLPI, según el cual “*Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*”

²¹³ El TRLPI, incorpora implícitamente que el acto del derecho de reproducción puede ser tanto temporal como permanente. Al considerarse que una reproducción temporal permite la comunicación de una obra y por consiguiente la obtención de copias, no cabe dudas de que se encuadra dentro del marco normativo del artículo 18 del TRLPI. Así, podemos diferenciar varias clases de reproducciones temporales. Así, por ejemplo las copias RAM son un tipo de reproducción temporal reconocido en los artículos 34.1 y 100.1 del TRLPI sobre base de datos y programas de ordenador, dado que se refieren a esta clase de reproducción. También nos encontramos con las copias caché, distinguiendo entre las copias caché del sistema y las copias caché locales. No obstante, dado que nos encontramos con términos informáticos muy específicos no siendo ese el ámbito de estudio objeto de este trabajo no nos detendremos en su análisis.

²¹⁴ Vid. artículo 19.1 del TRLPI, según dispone que “*Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*”

forma que, los titulares del derecho de distribución tienen limitado su derecho sólo a la explotación de la obra incorporada a un soporte tangible.²¹⁵ Por tanto, en ningún caso la difusión de obras a través del medio digital podrá entenderse comprendida dentro del derecho de distribución ni supondrá un agotamiento del mismo.

La tercera modificación afecta al derecho de comunicación pública, en el que la principal novedad es el reconocimiento explícito del derecho de puesta a disposición interactiva, núcleo central de nuestro estudio sobre el que volveremos hacer referencia en el apartado siguiente. Ahora únicamente apuntar que, por un lado, se mantiene la definición tradicional de comunicación pública contenida en el artículo 20, y por otro lado, se introduce un nuevo apartado i) en el párrafo 2 del mismo artículo 20, que dice textualmente, “*La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*”²¹⁶

²¹⁵ Al respecto, *vid.* BERCOVITZ, R, *Manual de Propiedad...* op. cit. nota 4, p. 34, y PLAZA PENADÉS, J., *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual...* op. cit. p. 25; y DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I, “Las reformas de la propiedad intelectual de 2006”, incorporado a la obra *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid. 2008, p. 142. Según DÍAZ DE LEZCANO hasta la reforma de 2006 nadie se había planteado si la distribución sólo podía ser de ejemplares tangibles o si cabría en algún otro modo intangible.

²¹⁶ El precepto queda redactado del siguiente modo: “1. *Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.* 2. *Especialmente, son actos de comunicación pública:* a) *Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.* b) *La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.* c) *La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.* d) *La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las seriales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación. Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación. A efectos de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, se entenderá por satélite cualquiera que opere en*

Ciertamente, el legislador español con anterioridad a la reforma ofrecía un concepto amplio de comunicación pública, capaz de abarcar aquellas formas realizadas en el entorno digital; sin embargo la aprobación de la Directiva comunitaria ha obligado al legislador a recoger este derecho de forma expresa.²¹⁷ En cuanto a quienes pueden ser titulares de este derecho, la Ley reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, a quienes se les otorga el derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública. Además, este nuevo derecho se reconoce también para los artistas intérpretes o ejecutantes y para las entidades de radiodifusión.

En cuarto lugar, cabe destacar los cambios introducidos en la regulación de la copia privada producidos como consecuencia de la necesidad de armonizar los intereses de todas las partes implicadas; esto es, tanto titulares de los derechos de explotación, como los distribuidores de los equipos, aparatos y soportes sujetos al pago de la compensación por copia privada. En este aspecto, además se realiza una distinción entre el entorno analógico y el digital, y se introduce el límite obligatorio determinado por la Directiva relativo a la excepción de ciertas

bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso. e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono. f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida. Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público. g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida. h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones. i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley. k) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley”.

²¹⁷ Vid. Preámbulo de la Ley, p.1

reproducciones provisionales de carácter técnico. Este límite responde, fundamentalmente, a la lógica del funcionamiento de los sistemas de transmisión de redes, en las que es necesario realizar una serie de fijaciones provisionales de carácter técnico con objeto de que las obras y prestaciones puedan ser utilizadas por el usuario.

En quinto lugar, se hace referencia a la tutela “*post mórtem*” para los derechos morales de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Con la reforma, se establece que estos derechos no estarán limitados en el tiempo, con la salvedad del derecho a no ser doblados en su propia lengua que dura toda la vida del artista. De este modo, una vez fallecido el artista el ejercicio de estos derechos corresponderá sin límite de tiempo a la persona natural o jurídica a la que se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos legítimos.

Como sexta novedad, nos encontramos con un título nuevo, denominado “*Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos*”. Se incorpora al libro III como título V, incluyendo tres nuevos preceptos destinados a la protección de los derechos de autor en el entorno digital: 160,²¹⁸

²¹⁸ El contenido del art. 160 es el siguiente: “1. Los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta Ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título I de su libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz.

2. Las mismas acciones podrán ejercitarse contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiquen para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz: a. Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, ob. Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, oc. Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.

3. Se entiende por medida tecnológica toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual. Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra

161²¹⁹ y 162.²²⁰ Con ello, se regulan las medidas técnicas de protección cuya

transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no es de aplicación a las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de programas de ordenador, que quedarán sujetas a su propia normativa.”

²¹⁹ El art. 161 cuyo tenor literal es el siguiente: “1. Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes: a. Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2. b. Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis. c. Límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2. d. Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b y c. e. Límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3. f. Límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1. g. Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho sui generis en los términos previstos en el artículo 135.1.b y c.

2. Cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil. Cuando los beneficiarios de dichos límites sean consumidores o usuarios, en los términos definidos en el artículo 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su defensa podrán actuar las entidades legitimadas en el artículo 11.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 3. Disfrutarán de la protección jurídica prevista en el artículo 160.1 tanto las medidas tecnológicas adoptadas voluntariamente por los titulares de los derechos de propiedad intelectual, incluidas las derivadas de acuerdos con otros interesados, como, en su caso, las incluidas en la correspondiente resolución judicial. 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no impedirá que los titulares de derechos sobre obras o prestaciones adopten las soluciones que estimen adecuadas, incluyendo, entre otras, medidas tecnológicas, respecto del número de reproducciones en concepto de copia privada. En estos supuestos, los beneficiarios de lo previsto en el artículo 31.2 no podrán exigir el levantamiento de las medidas tecnológicas que, en su caso, hayan adoptado los titulares de derechos en virtud de este apartado. 5. Lo establecido en los apartados anteriores de este artículo no será de aplicación a obras o prestaciones que se hayan puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.”

²²⁰ Por su parte, el art. 162 dispone: “1. Los titulares de derechos de propiedad intelectual podrán ejercitar las acciones previstas en el título I del libro III contra quienes, a sabiendas y sin autorización, lleven a cabo cualquiera de los actos que seguidamente se detallan, y que sepan o tengan motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de alguno de aquellos derechos: a. Supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos. b. Distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá por información para la gestión de derechos toda información facilitada por los titulares que identifique la obra o prestación protegida, al autor o cualquier otro derechohabiente, o que indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información, siempre y cuando estos elementos de información vayan asociados a un ejemplar de una obra o prestación protegida o aparezcan en conexión con su comunicación al público.”

función radica en impedir la vulneración de los derechos de autor y, concretamente, el uso no autorizado de los mismos como consecuencia del desarrollo de las redes digitales; además de estas medidas, aparecen otras cuya finalidad fundamental es facilitar la identificación de las obras y prestaciones. Para su efectividad, se incluyen sanciones para quienes infrinjan estas medidas, y además, se fabrican y comercializan dispositivos y servicios de neutralización de dichas medidas.²²¹

Como última novedad, es a destacar la incorporación de medidas cautelares disponibles para los titulares de los derechos de explotación a fin de paralizar la actividad de los intermediarios cuando éstos estén llevando a cabo actos que faciliten la infracción de derechos de propiedad intelectual, sin la exigencia de que el intermediario sea también infractor, como sucede por ejemplo con los prestadores de servicios de *hosting* que ponen a disposición un alojamiento Web en la Red; de este modo se pretende completar el sistema existente de acciones disponibles para los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando sus intereses se vean perjudicados por actividades ilícitas.

3.3 El derecho de puesta a disposición en el ordenamiento jurídico español

Según la propia Ley 23/2006, y como ya hemos apuntado, la novedad más destacable en el catálogo de derechos reconocidos al creador de la obra intelectual es el reconocimiento expreso del derecho de puesta a disposición interactiva a través de un nuevo apartado i) en el artículo 20 del TRLPI; es decir, aquel en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el

²²¹ Vid. BUGANZA, C., *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*, Barcelona, 2007, p. 129.

lugar y en el momento que elija.²²²

Este derecho hay que entenderlo como un supuesto de acto de comunicación. Al respecto, recordemos que la enumeración que establece el precepto es ejemplificativo, y que la realidad es que el derecho de comunicación pública comprende todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a una obra sin previa distribución de ejemplares. En definitiva, el legislador lo incluye como una modalidad del actual derecho de comunicación pública, y ello lo justifica por la amplitud del término con que el derecho está definido en la norma.

Sin embargo, esta decisión del legislador ha sido cuestionada por una parte de la doctrina la cual considera que hubiera sido más adecuado que hubiese sido redactado como un derecho diferente al de comunicación pública, en la medida que este derecho de puesta a disposición está destinado a la explotación de las obras a través de la Red.²²³ El fundamento es que el derecho de comunicación pública se caracteriza porque el público accede a la obra al mismo tiempo que ésta se pone a su disposición como así sucede en el teatro y en el cine por ejemplo; en cambio con el derecho de puesta a disposición no es necesario, por cuanto la obra se pone a disposición de los usuarios en un momento temporal diferente al que el público acceda a ella, no existiendo simultaneidad entre la creación y el destinatario; por ello se consideró que dicha regulación podría crear cierta inseguridad jurídica.²²⁴

²²² Vid. Preámbulo de la Ley 23/2006, de 7 de julio por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril p.1, según el cual “*La novedad más destacable en el catálogo de derechos está representada por el reconocimiento explícito en esta ley del derecho de puesta a disposición interactiva, es decir, aquel en virtud del cual cualquier persona puede acceder a las obras desde el lugar y en el momento que elija.*”

²²³ Vid. *ut supra* nota 198, que aunque nos referíamos a su ubicación en la Directiva 29/2001/CE, es totalmente aplicable ahora.

²²⁴ Ya la Directiva preveía esta inseguridad jurídica en cuanto a la naturaleza y el nivel de protección de los actos de transmisión a la carta, a través de redes, de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones

Su ubicación como una manifestación del derecho regulado en el artículo 20, determina que requiera, del mismo modo, los requisitos del derecho de comunicación pública de la obra, como son: a) una pluralidad de personas; b) que la obra sea accesible; c) ausencia de distribución previa, d) que no se realice en un ámbito estrictamente doméstico, y e) que no esté conectado a una red de difusión.

a) En este sentido y como ya hemos explicado, el término *pluralidad* exige que más de una persona pueda tener acceso a la obra, que podrá ser o no un número determinado de individuos. Esta concepción quedaba perfectamente delimitada cuando la explotación de la obra se desarrollaba en un entorno analógico ya que bastaba con cuantificar el número de personas para comprobar si se estaba o no ante una pluralidad. Sin embargo, con la irrupción de la era digital esta definición tuvo que ampliarse no limitándose a cuantificar los individuos, sino a valorar la potencialidad de acceso de éstos a la obra. Dicho de otro modo, la comunicación pública se caracterizaba por ser de punto a público, siendo ahora, de punto a punto en los casos de puesta a disposición de la obra.²²⁵ Internet es un canal fantástico para que la obra llegue de forma potencial a una pluralidad de personas; esto es precisamente la característica fundamental del derecho de puesta a disposición de la creación intelectual en las redes sociales.

b) Por otro lado, la Ley no hace mención a la forma en la que se puede

protegidas por derechos afines a los derechos de autor. Al respecto, dispuso que estas dificultades deben de superarse mediante el establecimiento de una protección armonizada a nivel comunitario, pero en lo que a nosotros respecta en nuestra legislación interna, en la reforma operada en el 2006 no se introdujo nada al respecto, sólo se limitó a introducir la letra i). Ya dijimos que este derecho de puesta a disposición está destinado a la explotación de las obras a través de la Red. No obstante dado que antes de la existencia de Internet lo habitual es que tanto el derecho de comunicación pública como el de puesta a disposición constituyeran un mismo acto, actualmente no es necesario pudiendo crear cierta inseguridad jurídica.

²²⁵ *Vid. ut supra* nota 192.

acceder a la obra. Al respecto, es indiferente que la accesibilidad sea de forma efectiva o potencial. La simple puesta a disposición de una obra en una página Web ya la hace accesible a una pluralidad de personas. Lo importante es que cualquier persona cuando esté navegando por la Red la obra ya esté disponible y pueda tener acceso a ella, no sólo ese individuo en concreto, sino todos aquellos que se conecten a Internet desde cualquier lugar y en cualquier momento.

c) En cuanto al requisito de *ausencia de distribución previa de ejemplares*, éste estaba pensado para soportes físicos, pero al no tener cabida en el mundo digital, no tiene sentido para el derecho de puesta a disposición. Lo relevante en el derecho de comunicación pública es que la explotación de la obra se produzca sin que aquélla requiera de un soporte físico, cuya exigencia permite distinguir el derecho de comunicación pública del de distribución, donde sí se requiere la existencia de ejemplares. En consecuencia, los ejemplares que puedan surgir como consecuencia de una comunicación pública de una obra en Internet deberá ser tratado como derecho de reproducción.

d) La *ausencia del carácter doméstico* del acto de comunicación pública alude a las relaciones que ostenten las personas que accedan a la obra con los que la ponen a su disposición; al respecto no existen dudas cuando se trata de relaciones familiares o de amistad, aunque puede discutirse si sería posible delimitarlo en función del alcance de la dimensión, temporal o espacial, de esas relaciones. No obstante, dado que resulta imposible controlar cuándo la obra se pone a disposición del público y a qué público difícilmente se podrá dar esta excepción.

e) Con respecto al requisito de *no estar conectado a una red de difusión*,²²⁶ de nuevo tenía su razón de ser cuando la comunicación pública se desarrollaba en un entorno analógico y su función era delimitar cuando se estaba en un ámbito doméstico en relación a aquellos actos que por su naturaleza fueran destinados a lo público. Sin embargo, actualmente todos los hogares están conectados a Internet, que claramente supone estar conectado a una red de difusión. En este nuevo contexto y si hiciéramos una interpretación rigurosa, un correo electrónico entre hermanos cuyo contenido es una canción sería una comunicación pública puesto que no se desarrolla en un ámbito doméstico y se realiza a través de una red de difusión; en definitiva, sería siempre un acto de explotación incluido dentro del ámbito de aplicación del art. 20 TRLPI.

Una vez analizados brevemente los requisitos necesarios para definir este derecho, es preciso señalar que el derecho de puesta a disposición al público a través de la Red se pone en práctica de diferentes formas. Actualmente podemos diferenciar dos clases de explotación digital de derechos, bien dando la posibilidad de descarga de la obra o bien su puesta a disposición sin dicha posibilidad.²²⁷

Cuando estamos ante la opción de descarga, el usuario se “baja” la obra, normalmente pagando una contraprestación o precio como si de una compraventa física se tratara, con la diferencia que la obra quedará en forma de archivo dentro de la memoria del ordenador. En estos casos, el autor cede los derechos a cambio de una compensación por los beneficios de esas descargas. El ejemplo más claro lo tenemos con iTunes de Apple, en los que el usuario debe descargarse antes un programa. Dentro de esta primera modalidad habría que incluir la opción de

²²⁶ Al respecto recordar lo expuesto *ut supra* p. 63, donde ya expusimos que el origen de este enunciado estaba previsto para ser aplicado en el caso de los llamados videos comunitarios.

²²⁷ En este sentido, es preciso aclarar que el acto de descargar no supone en sí un acto de puesta a disposición de la obra, sino en realidad un acto de reproducción, como tendremos ocasión de analizar en apartados futuros. Lo que pretendemos con esta afirmación es aclarar las opciones de acceso a la obra que ha sido previamente puesta a disposición del público.

descarga de contenidos temporal, las cuales se caracterizan porque pasado el tiempo acordado, el fichero se elimina.

En segundo lugar, como hemos apuntado, también es posible la puesta a disposición sin necesidad de descarga, abarcando una gran variedad de modos de explotación. Así, dentro de esta opción nos encontramos con la puesta a disposición en *streaming*, que permite el acceso *on-line* a la obra, pensado para aquellas obras audiovisuales o sonoras; esto es, una puesta a disposición instantánea sin requerir previa descarga de la obra y por tanto sin necesidad de guardar ningún archivo en nuestro ordenador. *Spotify* es un ejemplo de esta modalidad dedicado a las obras musicales pues permite el acceso legal y de forma gratuita previa descarga de un programa.²²⁸ Otros ejemplos de puesta a disposición sin necesidad de descarga son el llamado *simulcasting* o el *podcasting*. El primero está dirigido a permitir escuchar la radio, el segundo, aunque sí necesita una previa descarga, la reproducción posterior se hace en línea; el *podcast* de iTunes de Apple es el más conocido. Si nos referimos a los libros se ha impuesto el *cloud computing*, que consiste en el acceso y visualización de obras *on-line* que Google pone a disposición de sus usuarios. Surge también el *Text-to-speech*, que reproduce la obra haciendo una lectura de los libros con voces artificiales.

Estos modos de explotación de las creaciones intelectuales en el entorno digital se encuentran regulados como derecho de puesta a disposición y su práctica se debe de realizar en cumplimiento de las exigencias contenidas en la Ley para que puedan configurarse como actos lícitos. Las entidades que hemos expuesto como *Itunes* de Apple o *Spotify* son claros ejemplos de cómo proceder a poner la obra a disposición del público sin quebrantar la Ley. Sin embargo, la

²²⁸ La fuente de ingresos de *Spotify* son la publicidad y las suscripciones *Premium*, lo que permite que el usuario pueda acceder a una gran parte de contenidos sin necesidad de abono de un precio.

realidad es que ésta no es la tónica general. La mayoría de los actos de puesta a disposición se realizan violando los derechos de propiedad intelectual de los autores y titulares de los mismos, realizándose a través de plataformas y espacios contenidos en la Red que no cumplen las exigencias legales. De este modo, los usuarios de Internet consiguen eludir el pago del precio que supone la justa contraprestación a la obtención o disfrute de la obra intelectual.

Los modos de puesta a disposición de las obras que son más usuales se analizarán posteriormente, momento en el que centraremos nuestra atención en aquellos que más problemas legales han suscitado, el *P2P*, los *links* y el *streaming*.

A modo de conclusión cabe señalar que nuestro estudio se ha iniciado con una breve exposición de la evolución del derecho de comunicación pública, señalando los acontecimientos que más han incluido en la configuración de este derecho, hasta llegar a la actual redacción del artículo 20. Sin embargo, el núcleo central de nuestra exposición ha sido el derecho de puesta a disposición surgido al hilo del desarrollo digital y tecnológico. En los apartados siguientes nos dedicaremos en primer lugar, a aquellas conductas que implican la posibilidad de acceder a la obra en cualquier momento y en cualquier lugar, presupuesto principal de este nuevo derecho de comunicación pública. En segundo lugar, abordaremos la reacción del legislador comunitario ante estas conductas que atentán con los derechos de explotación.

4. Modos de puesta a disposición del público de la obra o servicio

4.1 Introducción

Los apartados expuestos hasta ahora han analizado la evolución que ha sufrido el derecho de comunicación pública desde sus inicios, y han puesto de manifiesto cómo, ante los nuevos retos acontecidos como consecuencia del desarrollo digital, el legislador ha necesitado ir modificando el artículo 20 del TRLPI para adaptarlo a las nuevas realidades.

La última reforma operada en el año 2006, la Ley 23/2006 ya estudiada, ha significado un cambio trascendental en los derechos de autor gracias a la incorporación del nuevo derecho de puesta a disposición al público de la obra. Como hemos tenido ocasión de analizar, su reconocimiento en nuestro ordenamiento, motivado por la Directiva comunitaria 2001/29/CE, ha supuesto una actualización de la normativa al contexto digital en el que nos encontramos.

Sin embargo, como ya hemos indicado la sociedad y sus prácticas cotidianas evolucionan mucho más deprisa que el legislador y más aún si nos referimos a las nuevas tecnologías, materia en constante desarrollo.

En este apartado, vamos a analizar los modos de puesta a disposición del público de las obras y prestaciones que han surgido y que se llevan a la práctica tras la aparición de Internet. En primer lugar, junto a las formas más conocidas de explotación de la obra en la Red a través de las descargas de obras, del

intercambio de archivos, más conocido como *Peer to Peer (P2P)*, la puesta a disposición de la obra a través de enlaces, o el *streaming*, sobre los que nos centraremos a continuación, han ido surgiendo otras formas como el *e-mailing*, que demuestra la constante evolución en las conductas que permiten acceder a la obra cuando estamos en el medio digital; en segundo lugar, es preciso poner de manifiesto que estas conductas no han dejado indiferente al legislador, de tal forma que ha estimado necesario la aprobación de nuevas medidas que protejan los derechos de autor; sin embargo, podría decirse que éstas no han tenido el éxito esperado en la medida que no han podido impedir constantes violaciones al derecho de autor ya que estas prácticas se realizan de forma ilegal; esto es, sin el preceptivo consentimiento del autor.

Desde esta perspectiva, el legislador, en su continuo propósito de regular esta situación y de frenar los numerosos usos fraudulentos de obras y servicios protegidos por derechos de autor, sigue buscando nuevas fórmulas que finalmente garanticen al autor el monopolio del derecho de explotación, proponiendo nuevas medidas que acaben con las prácticas ilegales desarrolladas en la Red y que tanto daño causan a quienes se dedican a la creación intelectual.

Precisamente por este motivo, existe el propósito claro de aprobar nuevas reformas en materia de protección de los derechos de autor en Internet, modificando las medidas establecidas; esta materia será objeto de análisis en la parte final de este trabajo. En este momento, nuestro estudio se va a centrar en dos cuestiones fundamentalmente. La primera cuestión que abordaremos se referirá a las principales prácticas desarrolladas en la Red como consecuencia del ejercicio del derecho de puesta a disposición de la obra, esto es el *P2P*, los *links* y el *streaming*; y en segundo lugar, pondremos de manifiesto los problemas que entrañan estas prácticas; esto es, de qué forma, a través de estas conductas, se vulneran los derechos de autor.

No obstante, con carácter previo, haremos referencia a un proceso que se produce con frecuencia en la práctica como es la digitalización de la obra intelectual. Las obras analógicas no pueden ser explotadas en el entorno digital si no se adecua su forma a este contexto. Es decir, las obras creadas en un entorno analógico para que puedan ser explotadas en Internet necesitan de un acto anterior de digitalización, sobre el cual nos referimos a continuación.

4.2 La digitalización de la creación intelectual

Como hemos tenido ocasión de analizar, el derecho de puesta a disposición fue concebido para regular los actos de comunicación pública en un determinado entorno, el digital y tecnológico y para una determinada modalidad de la creación intelectual: la obra fijada en formato digital.

La obra intelectual fijada en un soporte analógico no puede ser objeto de explotación mediante este modo de comunicación pública y aunque en la actualidad la inmensa mayoría de obras son creadas directamente en formato digital cuyo destino previsto es Internet, hay otras muchas que en origen no se crearon con esta finalidad y que, por tanto, resulta necesario un acto de digitalización de estas creaciones fijadas en soporte analógico para que puedan ser explotadas en la Red.

La acción de digitalizar una creación intelectual supone traducir la obra en series de ceros y unos que forman el código digital susceptible de ser almacenada digitalmente. De este modo, para poder disfrutar de la obra digitalizada resulta necesaria la decodificación del formato digital (series de ceros y unos) al formato de origen como pudiera ser música, a través de los medios técnicos.

Esta digitalización puede efectuarse en un soporte tangible como los CD-ROM, DVD, o un dispositivo USB, como ejemplos más conocidos, o a través de un medio intangible; esto es, directamente a la memoria del ordenador.

Como indica VALPUESTA CASTAMIZA,²²⁹ esa modificación del “soporte” de la obra puede considerarse un acto de “reproducción”²³⁰ puesto que se está incorporando la obra a un soporte concreto que permite la obtención de copias. Ciertamente también podría considerarse un acto de “transformación”,²³¹ pero como lo que se transforma no es la obra sino el soporte pasando de soporte analógico tangible a otro digital, resulta más lógico considerarlo reproducción. En definitiva, la conversión de la creación intelectual de formato analógico al digital no supone un acto de transformación de la misma, por cuanto que el acto de digitalización sólo supone un cambio de formato y no afecta a la integridad de la

²²⁹ Vid. *Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales. Cuaderno IV. Propiedades especiales*. Pérez de Ontiveros Baquero, C., (coord.) Madrid. 2010. p. 59-82.

²³⁰ Vid. Artículo 18 del TRLPI, entendiéndose como reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

²³¹ La transformación es otro acto de explotación reconocido al autor con carácter de exclusivo dispuesto en el artículo 17 del TRLPI y definido en el artículo 21 del TRLPI según el cual: “1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma.

2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.”

obra,²³² tampoco supone un acto de creación en virtud del cual se incorpora a una obra ya existente un acto original nuevo, por lo que tampoco estamos ante una hipótesis de obra compuesta²³³ o derivada.²³⁴

Así pues, los actos de digitalización de una creación intelectual ajena constituyen un acto de reproducción y en tal sentido sujeto a lo dispuesto en el artículo 18 del TRLPI; dicho precepto tras la reforma operada en 2006, especifica que se considera reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por *cualquier medio y en cualquier forma*, de toda la obra o parte de ella, de tal manera que permita la comunicación o la obtención de copias.²³⁵ Ya antes de la reforma nuestros Tribunales habían calificado dicho acto como reproducción en alguna resolución como la SAP Barcelona, de 27 de junio de 2002 que “*cuando se digitaliza la obra y se fija en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias, se ejecuta un acto de reproducción*”.²³⁶

En definitiva, para poder poner a disposición del público la obra, y que éste pueda acceder a ella a través de Internet, será necesario previamente realizar un acto de reproducción cuya finalidad es digitalizar la obra. Acto que se caracteriza por la alta calidad con la que se efectúa la transformación del soporte analógico al

²³² Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La transformación de la obra intelectual*. Universidad de Alicante, 2008, p. 57-116; en el mismo sentido, Vid. PLAZA PENADÉS, J., “La propuesta de Directiva...” op. cit. p. 93; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. y GONZÁLEZ GONZALO, C., La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual, en *RPI*, núm. 8, mayo-agosto 2001, p. 79 y ss.

²³³ Según el artículo 9 del TRLPI: “*Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización.*”

²³⁴ Las obras derivadas vienen reguladas en el artículo 11 del TRLPI, según el cual: “*Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:*

1. *Las traducciones y adaptaciones.*
2. *Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.*
3. *Los compendios, resúmenes y extractos.*
4. *Los arreglos musicales.*
5. *Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.*”

²³⁵ Vid. FRANCO VÁZQUEZ, C. y VIDAL PORTEBALES, I., “Imágenes en la Web y derecho de autor”, en *ADI* 28 (2007-2008). p. 503 a 528.

²³⁶ Vid. SAP de Barcelona, de 27 de junio de 2002.

digital, siendo un resultado prácticamente idéntico en cuanto al contenido de la creación.

4.3 *Peer to Peer* (P2P), o “de igual a igual”

Entre las distintas modalidades de distribución ilegal en Internet, la que más problemas y daños produce es la que se ha llevado a cabo como resultado del desarrollo de los sistemas *peer to peer*; es decir, plataformas de intercambios de archivos de persona a persona.

Estas plataformas permiten a sus usuarios descargarse de forma masiva y gratuita archivos que contienen obras protegidas por derechos de autor, a la vez que el ordenador del usuario se convierte en un servidor al que pueden acceder todas las personas conectadas al sistema.²³⁷

De este modo, las conductas inherentes al uso de las plataformas *P2P* vienen a ser dos, la carga (*upload*) y la descarga (*download*) de contenidos.²³⁸ La primera de ellas supone la puesta a disposición de las obras protegidas contenidas en el servidor del equipo informático al resto de usuarios del sistema.

²³⁷ Vid. FARRÉ LÓPEZ, P., *La defensa del derecho de propiedad intelectual frente a la piratería*, en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Agustín Macías Castillo, Miguel Ángel Hernández Robledo, 2008.

²³⁸ Así, aunque nombremos a *P2P* como modo de puesta a disposición durante la exposición de su estudio, en realidad nos referimos a la actividad en global dado que también supone un acto de reproducción como veremos a continuación.

La segunda consiste en la reproducción de un archivo que previamente es ofrecido por algún usuario de la plataforma *P2P*.²³⁹

Así pues, esta actividad supone simultáneamente un acto de puesta a disposición del público y de reproducción de la obra. Por este motivo, aunque nuestro estudio esté centrado en el derecho de comunicación pública, nos parece oportuno para su mayor comprensión, dado que son actividades íntimamente vinculadas, detenernos no sólo en la carga de contenidos sino también en la descarga. De este modo, analizaremos la legalidad de tales prácticas tanto desde una perspectiva civil como penal, teniendo en cuenta la respuesta que han dado los Tribunales al respecto.

4.3.1 Consideraciones generales

Como sabemos, con esta técnica los usuarios que previamente hayan descargado un mismo programa en el ordenador tienen la posibilidad de descargarse archivos que otros usuarios de ese mismo programa ponen a disposición del público, al estar almacenados en los discos duros de los ordenadores. El problema de esta puesta a disposición y descarga de contenidos es que éstos se encuentran protegidos por derechos de autor, llevándose a cabo sin el previo consentimiento de sus titulares, de tal modo que dicho comportamiento conlleva una infracción de sus derechos de explotación. En palabras de FARRÉ LÓPEZ,²⁴⁰ resulta ser un *gigantesco intercambio o trueque*

²³⁹ Vid. MORÓN LERMA, E., “La infracción de los Derechos de Propiedad Intelectual en el medio digital: aspectos penales.”, en *RADP* núm. 23, 2009.

²⁴⁰ Vid. *La defensa...*, en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías...* op. cit. p. 191.

global en el que no se tienen en cuenta, y hasta se desprecian, los legítimos derechos de quienes crearon y produjeron las obras musicales o audiovisuales.

Al respecto, existen tres modalidades de sistemas *peer to peer*: centralizados, descentralizados, y semicentralizados. El primero de ellos, cuyo ejemplo más conocido sea probablemente *Napster*, se ejecuta a través de un servidor central administrado por la red *P2P*; así, cada ordenador es servidor y cliente a la vez, de tal modo que cuando un usuario solicita una canción al programa, éste lo busca entre el resto de usuarios, haciendo la función de intermediario, pues recibe la canción del ordenador de un usuario y la pone a disposición de quien la solicita. En el sistema descentralizado no hay una plataforma intermediaria, sino que los usuarios se conectan directamente entre sí, el programa lo que realiza es una búsqueda de la canción solicitada y conecta al solicitante con el que la dispone cuando éste se encuentre conectado a Internet, efectuándose en ese momento la transferencia del archivo. Y por último, el semicentralizado, esto es un híbrido de los anteriores, sin que exista un programa intermediario permitiendo la descarga del programa sin necesidad de conectarse a su vez con otros usuarios.²⁴¹

La práctica de intercambio de archivos surge en 1999 siendo el programa *Napster*,²⁴² la primera plataforma creada bajo el sistema *P2P*²⁴³ la cual planteó

²⁴¹ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Aspectos jurídicos de las descargas de música en INTERNET”, en *Nuevos retos para la propiedad intelectual. II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a*, A Coruña, 2008.

²⁴² Sobre este programa vid. SERRANO GÓMEZ, E., “Napster y la propiedad intelectual ¿Una relación imposible?”, en *AC*, 2001/31, p. 1109 y ss.; GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*, Granada, 2005, p. 235 y ss.; LACRUZ MANTECÓN, M. L., “Aventuras y desventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet” en *RGLJ*, 2001/1, p. 65 y ss.; GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., “Napster copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en internet”, *RPI*, 2000/6, p. 65 y ss.; RAMOS SUAREZ, F., “Legalidad o ilegalidad de los Programas o Software de búsquedas de archivos de música en Internet”, *RDI*, núm. 52, noviembre 2002.

²⁴³ Aunque según LASARTE, C., “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”, *Diario La Ley*, núm. 6951, 2008, el pionero en este tipo de plataformas fue el *Hotline Connect*, creado

desde el principio dudas sobre la legalidad de esta actividad, siendo pionera en ser demandada ante los tribunales por compañías discográficas estadounidenses. Este programa se ponía en práctica a partir de su descarga previa en los ordenadores que, conectados a Internet, daban acceso a las obras almacenadas por otros usuarios en sus propios ordenadores, a través de un sistema centralizado. *Napster* tuvo un destacado éxito expandiéndose su uso de forma inmediata y, provocando la reacción de las discográficas que interpusieron demandas por vulneración de los derechos de autor.

Precisamente, el hecho de que perteneciera a esta modalidad centralizada fue el argumento utilizado por los tribunales para decretar su ilegalidad ya que se trataba de un servidor que gestionaba la actividad de intercambio y guardaba la lista de todos los usuarios que se conectaban. El Tribunal Federal del Distrito del Norte de California dictó en fecha 26 de julio de 2000 una sentencia en la cual se resolvió que *Napster* debía adoptar necesariamente medidas cautelares que consistieran en abstenerse a realizar, o de facilitar a terceros, la reproducción, descarga, transmisión o comunicación pública de obras protegidas sin la autorización de sus titulares.²⁴⁴ Adoptando estas medidas, *Napster* sólo facilitaba la plataforma de intercambio sin tener acceso a los archivos musicales; no obstante a pesar de dichas medidas, no fue capaz de impedir que se continuaran infringiendo los derechos de autor porque en realidad no detuvo la realización masiva de copias privadas de obras protegidas que se estaba produciendo. Ello trajo consigo que se dictara una nueva sentencia por el juez federal norteamericano que canceló la página *Napster* en julio de 2001 al entender que no

por un programador australiano en 1996, cuya finalidad estaba destinada para el intercambio de archivos entre empresas y universidades.

²⁴⁴ *Vid.* MORÓN LERMA, E., op. cit. Dicha sentencia fue parcialmente confirmada tras la apelación ante el Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, según sentencia de 12 de febrero de 2001. Además se consideró que *Napster* contribuía a la infracción y que incurría en responsabilidad indirecta. Caso *A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (Sentencia del Tribunal de Apelación del 9th. Cir. (California) 2001).

había adoptado las medidas suficientes para proteger las obras; en ese mismo, año en la entidad se clausuró.²⁴⁵

Poco después, al mismo tiempo que desaparecía *Napster*, surgieron nuevos programas que estaban basados en un sistema de plataformas descentralizadas lo cual implicaba mayores posibilidades de eludir los derechos de autor;²⁴⁶ dentro de este grupo podemos citar *Kazaa*, *eDonkey* o *Emule*. Éstas se caracterizaban porque su uso conllevaba una enorme dificultad de identificación del infractor. Ciertamente, este trabajo no persigue analizar la configuración del funcionamiento de estos sistemas, sino sus consecuencias legales y las responsabilidades jurídicas que entrañan, pues la práctica del *P2P* ha suscitado numerosas cuestiones jurídicas que, con mayor o menor éxito, se han venido resolviendo.

En primer lugar, estas conductas plantean el problema de su calificación jurídica. Así, se ha planteado si la descarga de archivos quedaría amparada por el límite de copia privada o no del artículo 31 del TRLPI.²⁴⁷ En segundo lugar, el interrogante que se plantea es si la subida de archivos a la Red como acto de puesta a disposición al público de la obra regulado en el artículo 20 del TRLPI,

²⁴⁵ Caso *A&M Records v. Napster*, 239 F.3d 1004 (Sentencia del Tribunal de Apelación del 9th. Cir. (California) 2001). En realidad, *Napster* no desapareció definitivamente pues aunque estuvo al borde de la quiebra fue salvada por nuevos inversores modificando el sistema y funcionamiento de la prestación de sus servicios.

²⁴⁶ *Vid. ut supra* p.145.

²⁴⁷ Debido al nacimiento de estos nuevos modos de reproducción de las obras, nuestro legislador ha previsto de medidas para controlar que esas reproducciones se realicen sin perjuicio de los derechos de explotación de los autores. Se trata de excepciones a los derechos de explotación de autor en determinados supuestos en los que el creador de la obra encuentra su derecho exclusivo de explotación limitado, por cuanto se permite el uso de sus obras sin requerir de su autorización.

Los límites a los derechos de propiedad intelectual que se han incluido en el TRLPI vienen recogidos en el Capítulo III del Título III y son: a) Reproducción y copia privada, b) Seguridad, procedimientos oficiales y discapacitados c) Cita e Ilustración en la enseñanza, d) Trabajos sobre temas de actualidad, d) Utilización de bases de datos, e) Utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas, f) Cable, satélite y grabaciones técnicas, g) Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos, h) Actos oficiales y ceremonias religiosas y i) Parodia.

podría ser considerado como un acto ilícito civil, y/o penal. En tercer lugar, la realización de dichos actos conlleva la dificultad de identificar a los verdaderos responsables de estas actividades, así como delimitar en qué grado lo son; al respecto, debe tenerse en cuenta que intervienen varios sujetos diferentes, como son usuarios, prestadores de servicios, titulares de programas de intercambios o titulares de las Webs donde se contienen enlaces que redireccionan, precisamente, al lugar donde se encuentra almacenada la obra.

En la medida de lo posible, a lo largo de las páginas siguientes intentaremos dar respuesta a los interrogantes planteados; desde nuestro punto de vista, ello exige que esta práctica se analice desde dos ángulos distintos. Por un lado, está la postura del usuario que se descarga la obra o servicio (*download*); y por otro lado, nos encontramos con los usuarios que *suben* (*upload*) la obra o servicio a esos programas de intercambio.

Ciertamente, el acto de descargar se enmarca dentro del derecho de reproducción, no siendo por tanto objeto de este trabajo, el cual se centra en el derecho de comunicación pública en el entorno digital. Sin embargo, resulta necesario hacer un breve análisis del acto de descarga dado que para configurar y entender la práctica del *P2P* se deben de tener en cuenta ambos derechos, el de reproducción y el de puesta a disposición del público de la obra, pues ambos resultan complementarios e imprescindibles para su puesta en práctica. En definitiva, nuestro objetivo es poner de manifiesto las características de esta actividad tan extendida en el mundo digital para así poder analizar su repercusión jurídica y el modo en que afecta a los derechos de autor.

4.3.2 La descarga (*download*) de obras en las redes *P2P*

El acto de *descargar* la obra supone trasladar la información desde un servidor a un ordenador conectado a Internet, permitiendo almacenarla, y por tanto reproducirla las veces que se quiera; incluso incorporar dicha información a un soporte físico y realizar copias de su contenido. Al respecto, se puede diferenciar las *descargas directas* de las *descargas indirectas*; las primeras permiten la descarga del archivo al ordenador sin necesidad de conectarse a ningún programa; *a sensu contrario*, en los modos de *descargas indirectas* es necesario efectuar la descarga a través de una plataforma. El ejemplo más claro de las descargas directas son aquéllas que se realizan a través de los *enlaces* sobre los que nos detendremos posteriormente. Por su parte, las plataformas *P2P* son un modo de *descargas indirectas*.

Como ya se ha apuntado, este acto no supone un acto de comunicación pública regulado en el artículo 20 del TRLPI. En realidad estamos ante un acto de reproducción conforme al artículo 18 del TRLPI,²⁴⁸ por cuanto lo que se realiza es una “*fijación de la obra que permitirá su comunicación o la obtención de copias*”.²⁴⁹

²⁴⁸ Como sabemos, en el TRLPI, el derecho de reproducción se encuentra en su artículo 18, entendiéndose como tal a la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

Este concepto es relativamente nuevo tras la última modificación por la Ley 23/2006, de 7 de Julio, pues surgieron nuevos medios de reproducción, diferentes a los tradicionales, que no encajaban en el anterior concepto y que por tanto se hizo necesario modificar.

El concepto de reproducción ha de entenderse en un sentido amplio y ser interpretado así, lo cual permite que se pueda adaptar sin mayores dificultades a las condiciones actuales de los medios de difusión y concretamente de Internet, resultando que, en la actualidad, existen en realidad, diferentes formas de reproducción.

En su origen cuando el legislador reguló el derecho de reproducción éste estaba dirigido a obras fijadas en un soporte, actualmente está “desmaterializado”. *Vid.* GARROTE FERNANDEZ DÍEZ, I., *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit.

²⁴⁹ *Vid.* DE NOVA LABIÁN, A.J. *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital. Análisis práctico de las principales conductas vulneradoras de los derechos de autor*. Barcelona 2010. p. 98.

En España este tipo de actuaciones llevadas a cabo por los usuarios han suscitado en la doctrina un encendido debate acerca de su licitud o ilicitud; debate que, como veremos ha pasado por sucesivas etapas y en donde además la jurisprudencia ha ido dictando resoluciones dispares según el criterio adoptado en cada caso.

Al respecto, el primer problema que se plantea es si este tipo de actos en los que se obtiene una copia de una obra intelectual a partir de su descarga al ordenador de un usuario se enmarca dentro del concepto de copia privada del artículo 31.2 del TRLPI.²⁵⁰ A grandes rasgos, esta excepción permite hacer copias sin autorización del autor o el titular de los derechos de explotación. Por tanto, se cuestiona si la copia de las obras intelectuales que realizan los usuarios de estos programas de intercambios de archivos está amparada por la excepción de copia privada.

²⁵⁰ El principal límite del derecho de reproducción es el de copia privada, se encuentra contenido en el artículo 31 de la Ley, habiendo sufrido varias modificaciones. Esta excepción fue introducida por primera vez en la LPI de 1987. En su redacción anterior, se encontraba titulado como “Reproducción sin autorización”.

En la nueva regulación, tras la reforma del TRLPI de 2006, la excepción se ve considerablemente ampliada, pues además de referirse al derecho de reproducción, hace referencia también a los de distribución y comunicación pública, y según la cual:

“1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley.

2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador.”

El primer apartado, como vemos, se refiere de manera específica a las reproducciones provisionales, pero, es el apartado segundo el que se dirige a la posibilidad de realización de copias.

Como podemos comprobar, la finalidad de este apartado es configurar un marco jurídico en el que la copia privada sea legítima pero sin que ello implique perjudicar los intereses de los autores.

Para dar solución a esta cuestión debe analizarse, en primer lugar, si dichas conductas cumplen los requisitos enumerados en el artículo 31 del TRLPI; es decir, el acceso legal a la obra, la no utilización colectiva de la misma y la inexistencia de ánimo de lucro, como así se especifica en el apartado 2 de dicho precepto: “(...) *de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa...*”

Pues bien, quiénes consideran que las descargas pueden incluirse en la excepción de copia privada sostienen su postura basándose en la interpretación de los requisitos citados, al hilo de la cual desarrollan los siguientes argumentos.

En primer lugar, la exigencia de *no utilización colectiva de la copia* obtenida, supone que en cualquier caso la copia de la obra debe de realizarse para uso privado.²⁵¹ Así, para los que apoyan la tesis de excepción de copia privada, se cumpliría este requisito siempre que una vez obtenida la obra, ésta no se ofrezca ni se ponga a disposición del público. Es decir, si una vez descargada la obra por parte del usuario de la plataforma *P2P* éste la almacena en una carpeta de archivos a la que no tenga acceso otros usuarios, se considerará que esa copia es exclusivamente para uso privado.

En segundo lugar, quienes apoyan esta postura consideran además que *no existe un ánimo de lucro* en estos casos, pues éste debe entenderse como lucro “comercial” o “a escala comercial”,²⁵² interpretación mantenida por la doctrina

²⁵¹ Sobre qué debe de entenderse por uso privado en el marco de la excepción de copia privada no nos detendremos al ser objeto de un estudio a parte alejado de la finalidad del presente trabajo.

²⁵² Vid. DE NOVA LABIÁN, A.J., *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital...* op. cit. p. 108.

mayoritaria.²⁵³ Por el contrario, en Internet ese uso lucrativo patrimonial no se da aún a pesar del ahorro económico que suponga evitar el coste de adquisición de un ejemplar original. Desde esta perspectiva, podrían ser perseguibles aquellas conductas que supongan o pudieran suponer un beneficio económico, lo que resulta prácticamente inexistente cuando nos referimos a los usuarios que utilizan el sistema *P2P*.

Ciertamente, el requisito del *acceso legal a la obra* es el primero de los enunciados en el artículo 31.2 del TRLPI. No obstante es objeto de análisis en último lugar debido a que es el más controvertido. El fundamento es que el legislador no ha matizado realmente qué debe entenderse por acceso legal, lo cual ha creado confusión y disparidad de interpretaciones. Al respecto, un sector de la doctrina²⁵⁴ que hoy es minoritaria, apoya la calificación de excepción de copia privada y defiende que si un usuario de estas plataformas accede a una obra subida a Internet sin el consentimiento de su autor, copiándola en su ordenador para su uso privado, dicha conducta es lícita y debe incluirse en la excepción. A juicio de dichos autores debe distinguirse entre el soporte a partir del cual se haga la copia, esto es, la plataforma de intercambio y el modo en que se accede a ese soporte, es decir, la conexión a Internet. De este modo, el soporte puede ser ilegal por la ilicitud en su actividad, pero ello no impide que el acceso sea legítimo siempre que se tenga acceso legal a Internet, que no se produzca una posterior puesta a disposición de la obra y que el usuario no tuviera conocimiento de la ilicitud en su caso de la fuente de acceso a la obra.

Apoyando también esta postura se han pronunciado algunas sentencias emanadas de las Audiencias, las cuales han afirmado que para que en el marco

²⁵³ Vid. DE LA FUENTE SOLER, M. y VIANA BALLESTER, C. “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”, en *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación* (Coord. por BOIX PALOP y LÓPEZ GARCÍA), 2006, p.335.

²⁵⁴ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y otros, *Las reformas de la Ley de propiedad intelectual*. Valencia, 2006.

de las redes *P2P* la copia de contenidos protegidos por derechos de autor obtenida a partir de su descarga en Internet pudiera ser incluida en la excepción de copia privada reconocida por el TRLPI, hay que atender al tipo de acceso a la obra; es decir, si éste es legal o no, prescindiendo de la propia fuente, esto es, la plataforma de acceso: *“En el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen de cada caso de legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente”*.²⁵⁵

Siguiendo estos argumentos, parece que, como declara la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 9 de marzo de 2010, *“Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre usuarios de Internet no vulneran, en principio, derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual”*.

Sin embargo, existe otra vertiente de la doctrina²⁵⁶ y jurisprudencia que consideran que la copia de la obra descargada a través de un programa *P2P* de ningún modo puede ser entendida como una excepción de copia privada del artículo 31.2 del TRLPI. Dicha tesis señala que la última reforma operada a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio precisamente se efectuó con el fin de impedir dicho argumento en el entorno digital,²⁵⁷ aclarando que la excepción de copia privada no resulta equiparable a las reproducciones o descargas de Internet, la cual sólo cabe cuando se haya accedido legalmente a la obra; ello no sucede si se efectúa una descarga de una creación intelectual cuya puesta a disposición al

²⁵⁵ Vid. Sentencia de 9 de marzo de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.

²⁵⁶ Vid. FARRÉ LÓPEZ, P., *La defensa...*, en “El Derecho de Autos y las Nuevas Tecnologías...” op. cit. p.190.

²⁵⁷ Tras la reforma del TRLPI, se introduce la diferenciación entre el entorno analógico y el digital con respecto a la copia privada, ya que la copia privada digital se entiende que puede propagarse mucho más y tener mayor impacto económico. Por este motivo la reforma incluye un apartado 5 en el artículo 25 del TRLPI que sólo será de aplicación a los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos.

público no haya sido autorizada. Por consiguiente quedaría fuera del artículo 31.2 del TRLPI, aún siendo para uso personal y sin ánimo de lucro del usuario.²⁵⁸

Seguidor de esta tesis es GAY FUENTES²⁵⁹ para quién *la descarga de una obra cuya transmisión digital no haya sido autorizada, incluso si se realiza para uso personal y sin finalidad comercial, no queda, por lo tanto, amparada, dentro de este esquema conceptual, por la excepción de copia privada. Puesto que la distribución no autorizada de obras vulnera el derecho exclusivo de puesta a disposición, su descarga no está amparada por la excepción de copia privada que, conforme a la DSI,²⁶⁰ sólo puede ser alegada cuando el beneficiario de una excepción tiene legalmente acceso a la obra o prestación protegida (artículo 6.4, párrafo 1º). Además, en la configuración actual de los sistemas de intercambio peer to peer, los usuarios comparten los archivos que incorporan obras protegidas por la propiedad intelectual, de modo que, simultáneamente a la descarga de obras, también se ponen a disposición de otros usuarios los archivos almacenados, por lo que la copia sería objeto de una utilización colectiva, no cumpliéndose tampoco, por lo tanto, otro de los requisitos que se establecen legalmente para poder realizar copias. En definitiva, dicho autor considera que el individuo que descarga la obra en estas redes P2P a su vez realiza un acto de comunicación pública, por cuanto la pone a disposición del resto de usuarios sin la autorización del autor, lo que ya revela su ilegalidad.*

En el mismo sentido se manifiestan otros autores²⁶¹ que afirman la imposibilidad de acogerse a la limitación de copia privada en el entorno digital, por cuanto el acceso es ilegal, no se limita al uso privado y además, se considera que

²⁵⁸ Vid. MORÓN LERMA, E., op. cit. p. 168.

²⁵⁹ Vid. “La Propiedad Intelectual en el entorno digital”, en FA, Documento de trabajo 82/2006, p. 24.

²⁶⁰ Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información

²⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N. “Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet” en AJUM, 17-2007, p. 57; RAMOS SUÁREZ, F. “Descarga y distribución de música a través de Internet”, en RCE, núm. 85, 2007, p.47.

esta práctica resulta ilícita porque a pesar de que el usuario que facilita la canción la haya copiado en su ordenador lícitamente, no tiene autorización del autor para ponerla a disposición de terceros, de modo que el envío a otro usuario no sería lícito y la consecuente reproducción tampoco.

Junto a dichas argumentaciones, es preciso poner de manifiesto que este último sector de la doctrina señalada efectúa una interpretación amplia del ánimo de lucro, no limitándose al ámbito comercial ni mercantil, sino que lo equiparan *como cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficiencia, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente.*²⁶² Es decir, para quienes siguen este criterio el mero ahorro económico que supone el descargar en el ordenador y obtener una copia de una obra sujeta a derechos de autor de forma gratuita a través del intercambio de archivos por el sistema *P2P*, supone un beneficio y en definitiva un acto ilícito que vulnera los derechos de autor,²⁶³ pues se incumpliría el requisito de ausencia del ánimo de lucro que requiere la excepción de copia privada. Esta es la postura adoptada también por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo de 2006 que considera que existe responsabilidad, pero sólo en el ámbito civil, dado que no considera que esta práctica pueda incluirse en la excepción de copia privada²⁶⁴ y por cuanto entiende que la existencia de ánimo de lucro comercial es exigida sólo en el ámbito penal siguiendo la jurisprudencia establecida al respecto.

²⁶² Vid. STS de 21 de abril de 1989, 26 de noviembre de 1993, 20 de noviembre de 1997, de 4 de febrero de 1998, 27 de septiembre de 1999 y de 21 de julio de 2006.

²⁶³ Vid. SAP de A Coruña, Sección 6ª, de 7 de febrero de 2002 y SAP de Palencia, de 29 de noviembre de 2002.

²⁶⁴ Vid. Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, según la cual “*la limitación al derecho de propiedad intelectual que supone el derecho de copia privada, no reúne en los supuestos de colocación en lugares Internet o en casos de intercambio de archivos, los requisitos exigidos por el art. 31.2 de la LPI, puesto que es necesario que la copia obtenida no sea utilizada para uso colectivo o lucrativo.*”

En conclusión, en el ámbito civil como hemos podido observar han de concurrir los elementos enumerados en el artículo 31.2 TRLPI para calificar esta actividad como lícita al considerarla como una *excepción de copia privada*. No obstante, la interpretación de dichos requisitos por parte de la doctrina no ha sido unánime lo cual ha traído consigo diversas opiniones en torno a su posible configuración como *excepción*. Así, existe en primer lugar un sector que considera posible encuadrar las *descargas* dentro de dicha excepción para lo cual consideran necesario diferenciar el *acceso* a la obra de la *fuentes*, entendiendo el acceso como la conexión a la Red, y la fuente como la plataforma donde se ubica la obra; considerando que al ser legal el *acceso*, y concurrir los otros requisitos de *no utilización colectiva* y *ausencia de ánimo de lucro* podría considerarse la descarga de la obra como una *copia privada* del art. 31.2 del TRLPI. En segundo lugar, existe otro sector de la doctrina cuyos planteamientos son opuestos a los anteriores pues defiende que aún cumpliéndose el resto de requisitos, nunca podría considerarse el *acceso* a la obra legal al no existir el consentimiento del autor par la disposición de la obra, y basándose además en una noción de *ánimo de lucro* en sentido amplio.

Si bien en el ámbito civil existen notables discrepancias sobre la licitud del acto de *descargar* la obra protegida por derechos de autor, en el ámbito penal parece no existir dudas de que dichos actos no son susceptibles de ser perseguidos penalmente.²⁶⁵

Así ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia en un Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, de 20 de diciembre de 2006, donde

²⁶⁵ Al respecto, ha de tenerse en cuenta el artículo 270 y siguientes del Código Penal que regulan los delitos contra la propiedad intelectual, sobre los que no nos detendremos en este momento al ser objeto de estudio posterior.

el Instructor deniega medidas cautelares de cierre de la página web *www.sharemula.com*, y además declara que esta práctica no es constitutiva de delito. Ello lo fundamenta en la doctrina implantada tras la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo de 2006, según la cual estas acciones resultan atípicas penalmente: *“Es un criterio generalizado actualmente que la actividad de descarga de archivos a través de Internet no es constitutiva de delito, no sólo porque es una actividad generalizada y de la que no existe precedente judicial alguno condenatorio sino porque parte de la doctrina así lo entiende. Baste referir el criterio de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado para poner de relevancia esa circunstancia. En la referida Circular se afirma lo siguiente: ...Respecto del usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica.”*

En el mismo sentido, la Sentencia de 14 de julio de 2006 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Santander según la cual *“No cabe llegar a otra conclusión: ni mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre diversos usuarios el material del que disponían. Y a juicio de esta Juzgadora ello entra en conexión con la posibilidad que el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual establece de obtener copias para uso privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito. Entender lo contrario implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado. Todo ello lleva a la conclusión de que en este caso no se ha producido una infracción merecedora de sanción penal”*.²⁶⁶

²⁶⁶ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander, de 14 de julio de 2006, núm. 309/2006, según los hechos probados de la sentencia, *“Matías (...) sirviéndose de un ordenador personal dotado de los elementos precisos para la duplicidad de material audiovisual y programas informáticos y del software necesario para ello y a través de distintos sistemas de descargas de archivos de internet obtenía copias*

En la misma sentencia se argumentó además la gran dificultad de probar el dolo intencional de perjudicar a terceros, lo cual conllevaba la atipicidad de la actividad de descargar obras a través del sistema de intercambio de archivos: *“No es cierto que de los hechos declarados probados -descargas de copias de álbumes musicales que se ofrecían o intercambiaban en chats con otros interesados- se deduzca la existencia del dolo específico que el art. 270 CP 1995 requiere. Es de los actos externos y objetivos de los que hay que inferir ese elemento tan íntimo como es la intencionalidad del agente, actos que, en el caso del acusado, aparecen en sentido negativo con meridiana claridad y que son, entre otros, la ostentosa proclamación en los múltiples mensajes de correo enviados de que su intención no era comercializar con el material audiovisual del que disponía sino simplemente hacerse con copias de productos que le interesan, bien a través de descargas de la red o bien mediante el intercambio con otros usuarios de Internet. Por tanto, ni mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre diversos usuarios el material del que disponían.”*²⁶⁷

En conclusión, como podemos ver el problema de las descargas ha creado diferentes opiniones y posturas; primero porque resulta confuso determinar si cabe calificar la obtención de copias a través de las descargas como una excepción de copia privada reconocida en el artículo 31 del TRLPI a efectos civiles y, segundo, porque a efectos penales fue determinante el criterio establecido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, donde se dispone que para la existencia de ilicitud es requisito indispensable que se demuestre la existencia de un ánimo de lucro comercial, lo cual parece que no sucede en estos casos. Conviene recordar

exactas de álbumes musicales que a través de sus tres cuentas de correo electrónico (DIRECCION000; DIRECCION001, y DIRECCION002) y mediante su intervención en chats ofrecía o cambiaba a otros usuarios de internet, en todo caso sin mediar precio.”; en el mismo sentido, Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid, de 19 de marzo de 2008.

²⁶⁷ En la misma línea, otras resoluciones como Auto de 2 de julio de 2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, así como la Sentencia de 9 de marzo de 2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona.

que esta problemática se enmarca dentro del derecho de reproducción, de forma que ha sido objeto de estudio en la medida que es una conducta íntimamente vinculada al verdadero núcleo de nuestro trabajo, esto es, la *subida* o puesta a disposición al público de las obras o prestaciones a través de las redes *P2P*.

4.3.3 La *subida* (*upload*) de obras en las redes *P2P*

El acto de *subir* a la Red la obra permite a los usuarios de estos programas *P2P* de intercambios de archivos *poner a disposición* del resto de usuarios las obras y servicios protegidos por derechos de autor que se encuentren almacenados en sus ordenadores para que así otros puedan *descargarlos*. Por tanto, el acto de subir o facilitar la subida de contenidos protegidos por derechos de autor a través de estos sistemas de intercambios de archivos *P2P* se encuadra dentro del derecho de puesta a disposición del público del artículo 20.2, i) del TRLPI, ya que estamos ante un acto de comunicación pública de la creación intelectual.

Sin embargo, en un primer momento un sector de la doctrina²⁶⁸ entendió que más que un acto comprendido en el artículo 20 del TRLPI, dicha actividad debía ser encuadrada en actos de reproducción de la obra. Esto era así al entender que no existía un público ni una accesibilidad instantánea de la creación intelectual, por cuanto que se efectuaban comunicaciones entre dos personas, la que facilita la obra y la que la descarga, no cumpliéndose, por tanto, los requisitos exigidos para la efectiva existencia de comunicación pública prevista en la Ley.

²⁶⁸ Vid. LACRUZ MANTECÓN, M.L., “Aventuras y desventuras...” op. cit. p. 74 y ss.

No obstante, esta corriente quedó sin fundamento tras la última reforma operada del TRLPI con la Ley 23/2006, que a fin de adaptar los derechos de explotación al entorno digital y a las nuevas tecnologías, introdujo el nuevo derecho de puesta a disposición mediante la formulación de un nuevo apartado i) del artículo 20 del TRLP. Dicha reforma tenía como objetivo aclarar que la práctica de poner a disposición archivos en Internet supone un acto de comunicación pública y, más concretamente, de puesta a disposición al público, al permitir con esta actividad el acceso de la obra a una pluralidad de personas.²⁶⁹ Es decir, como ya se ha expuesto, en los actos de puesta a disposición no es necesario que la obra llegue directamente al público, sino que basta con su mera posibilidad de acceso, como ocurre en estos supuestos. Asimismo, el concepto de público en estos casos se adapta a estos medios, no siendo necesario una presencia de público simultánea, siendo suficiente que sea de forma sucesiva.

De este modo, al ubicar esta conducta en el artículo 20 de la Ley y no en el artículo 18 se calificó el acto de subir la obra como una manifestación del derecho de puesta a disposición, cumpliéndose efectivamente los requisitos exigidos en el artículo 20 del TRLPI para ser considerado como tal, fundamentalmente por la posibilidad de acceso de los usuarios a la obra. De esta forma quedaban sin base legal aquellas tesis que consideraban la conducta como un acto de reproducción regulado en el art. 18 del TRLPI.

Una vez calificado dicho comportamiento como una manifestación del derecho de comunicación pública, y de modo semejante a lo que sucedió con el acto de descarga, el problema que se planteó era determinar si esta actuación de

²⁶⁹ Según DE NOVA LABIÁN, A.J., *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital...* op. cit. p. 99, no todos los actos de subida de archivos suponen un acto de comunicación pública ya que también pueden realizarse a un Servidor FTP privado o a una web en la que el acceso al archivo esté restringido, y por tanto no estaríamos ante el requisito de una pluralidad de personas.

poner a disposición del público contenidos protegidos por derechos de autor suponía una actuación lícita o no. A su vez, se plantea determinar si dichos comportamientos podrían ser constitutivos de delito o configurarse únicamente como ilícito civil. Como tendremos ocasión de analizar, mientras que la configuración de esta conducta como un acto penalmente perseguible ha generado un considerable debate, su calificación como ilícito civil ha suscitado pocas dudas entre la doctrina y la jurisprudencia.

a) La responsabilidad penal de los usuarios y prestadores de servicios en los actos de puesta a disposición del público de la obra en las redes *P2P*

Si abordamos, en primer lugar, la posible responsabilidad penal de los *usuarios* de estas plataformas, es preciso tener en cuenta que el sistema español exige la concurrencia de tres requisitos para la comisión del delito contra la propiedad intelectual: un dolo intencional,²⁷⁰ la existencia de ánimo de lucro y, finalmente que se cause un perjuicio a tercero.

Estas exigencias conllevan que sea difícil que se pueda castigar penalmente a los *usuarios* de los sistemas de intercambios de archivos a través de los sistemas *P2P*,²⁷¹ pues normalmente se trata de individuos que comparten archivos con la única finalidad de disfrutar de la creación intelectual ahorrándose el coste del ejemplar original, resultando muy complicado poder acreditar la existencia del ánimo de dañar a los titulares de los derechos de autor y de obtener

²⁷⁰ *Vid. ut supra* nota 266, Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander, de 14 de julio de 2006 en la cual alude a la inexistencia del dolo aplicable también al acto de subir la obra pues se refiere a la actividad de compartir archivos en general.

²⁷¹ *Vid.* MATA Y MARTIN, R, “Propiedad Intelectual Digital: responsabilidad penal.” *RICPC*. Vol. 28, nº 85. 2007.

lucro entendido como lucro comercial o como el posible beneficio económico que pudieran obtener.²⁷²

Así se puso de manifiesto por parte de la Fiscalía General del Estado quien considera necesario la acreditación de estos presupuestos para poder condenar penalmente a los usuarios por la conducta consistente en la puesta a disposición del público de obras protegidas a través del sistema *P2P*; en su opinión, *“en cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil.”*

La dificultad de acreditar la concurrencia de dichos presupuestos en la conducta realizada por los *usuarios* de estas plataformas de intercambio de archivos, supone que, en la práctica, rara vez se den resoluciones condenatorias.

Ciertamente, estas dificultades son el resultado de una carencia de regulación suficiente sobre la materia capaz de determinar la licitud o ilicitud de esta práctica. De hecho, como consecuencia de las dudas planteadas, la misma Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado añade que *“sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, deja muy clara la postura que ha de tomar dicha institución en lo que respecta a las descargas por internet. En este sentido, establece que “hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la*

²⁷² Al respecto recordar lo mencionado ya al ánimo de lucro patrimonial seguido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia. *Vid. ut supra* notas 252 y 253.

comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de “colocar en la Red o bajar de Internet” o las de intercambio de archivos través del sistema P2P, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial.”

Por el contrario, respecto a los *responsables de dichas plataformas*, aún con cierta dificultad, podemos encontrar jurisprudencia favorable a condenar dichas conductas al considerar acreditados los presupuestos contenidos en el artículo 270 del CP. En tal sentido, la resolución de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª), en Sentencia de 27 septiembre de 2011, estima acreditado el cumplimiento de los presupuestos necesarios contenidos en el artículo 270 del CP para poder dictar una condena a los responsables, al afirmar el tribunal que: *“En definitiva, tanto desde la perspectiva del LPI como de la LSSI entiende el Tribunal que la actividad de los dos acusados, en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno.*

Dicho esto, debemos indicar que también se dan el resto de los elementos previstos en el art. 270 CP y en concreto el ánimo de lucro que ha sido cuestionado por las partes. Los acusados siempre han reconocido en todas sus declaraciones que obtenían ingresos en concepto de publicidad y así queda acreditado documentalmente de manera profusa en las actuaciones. Y en este sentido han reconocido que los ingresos por publicidad dependían del número de accesos a las páginas que administraban, y añadimos nosotros, ello está

*directamente unido al contenido que ofrecían (la posibilidad de descarga directa y gratuita de archivos). No cabe duda, a nuestro juicio, de que esta actividad estaba orientada a obtener ingresos por este medio y de que por lo tanto concurre el ánimo de lucro cuestionado.*²⁷³

En definitiva, las plataformas actuales *P2P* usan un sistema descentralizado cuya característica principal radica en que no son sus titulares quienes disponen al público o almacenan las creaciones intelectuales, sino que son los propios usuarios quienes se encargan de ello. Las plataformas tienen un papel secundario que actúa de intermediario, de modo que se encuentran en una posición muy difícil de perseguir judicialmente pues, como hemos visto, se sitúan entre lo legal y lo ilegal.

b) La responsabilidad civil de los usuarios y prestadores de servicios en los actos de puesta a disposición del público de la obra en las redes *P2P*

En lo relativo a la cuestión de la legalidad en el ámbito civil de los actos de puesta a disposición de la obra en los sistemas *P2P*, la conducta llevada a cabo por los *usuarios* ha generado pocas dudas. Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia española mayoritaria consideran dichas conductas como ilícito civil infractora de los derechos de propiedad intelectual. Como sabemos, dicho comportamiento supone un acto de puesta a disposición del público, por tanto, la licitud de la conducta depende de que se acredite la existencia del preceptivo consentimiento previo del titular de los derechos de explotación para que dicha

²⁷³ Para mayor comprensión del texto, señalar que en esta resolución se juzgaba un caso de programa *P2P* descentralizado.

actividad resulte lícita. De no disponer de dicha autorización, como ocurre en la mayoría de los supuestos en los que se comparten archivos musicales, nos encontramos claramente ante una infracción del artículo 20.2.i) del TRLPI, no cabiendo dudas de la ilicitud.

Dicho argumento también ha sido puesto de manifiesto por la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2006, de 5 de mayo de 2006²⁷⁴ como ya ha sido apuntado, donde se excluye la posibilidad de considerar dicho comportamiento como ilícito penal por entender que no concurre el dolo ni el ánimo de lucro en la actuación de los *usuarios*; no obstante, considera, sin género de dudas, que si estaríamos ante un ilícito civil pudiendo perseguirse de acuerdo con dicha calificación: *“En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil”*.

Ahora bien, el obstáculo con el que se encuentran los titulares de los derechos de autor es la identificación del *usuario* infractor. La implantación de sistemas descentralizados usados para el intercambio de archivos ha influido negativamente en el control de esta actividad²⁷⁵ de forma que resulta mucho más difícil determinar el sujeto activo que comete el ilícito. Esta dificultad radica, entre otros motivos, en que en estos casos para poder perseguir legalmente a un infractor es necesario conocer su identidad, requisito procesal principal para poder

²⁷⁴ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, http://aui.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf.

²⁷⁵ Vid. *ut supra* p.145. A través de los sistemas descentralizados, no existe una central a través de la cual los usuarios pueden descargar o subir la obra, sino que son los propios usuarios quienes actúan de servidores a la vez que descargan el archivo contenedor de la creación intelectual.

interponer una demanda civil.²⁷⁶ Dado que normalmente el usuario no se identifica con su nombre real, el único modo de conocerlo es solicitándolo al prestador de servicio de acceso a la Red que lo puede identificar a través de la dirección IP.²⁷⁷

En España ya se planteó esta cuestión en un proceso en el que la operadora de Red se negó a facilitar los datos de los usuarios, dado que se trataban de datos personales y sólo podían comunicarlos en caso de tratarse de una investigación criminal o por causa de seguridad pública y de defensa nacional, no siendo el caso. Por este motivo, el Juzgado donde se tramitaba el asunto planteó una cuestión prejudicial al TJCE, en cual, en Sentencia de 29 de enero de 2008 manifestó que las Directivas comunitarias no obligaban a los Estados a que incluyeran en sus ordenamientos el deber de comunicar los datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor en un proceso civil como el que se enjuiciaba, aunque los Estados al incorporar las Directivas a los ordenamientos internos debían garantizar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales. Añadía la sentencia, que los tribunales debían realizar interpretaciones que no supusieran entrar en conflicto con esos derechos fundamentales o con los principios del Derecho comunitario. En definitiva, se llegó a la conclusión de que no era posible obligar a las operadoras a ofrecer los datos personales de los usuarios, lo cual conlleva que en la práctica resulte prácticamente imposible identificar a los infractores que explotan la obra de forma ilegal en el ámbito civil.

Sin bien parece que no caben dudas acerca de la ilicitud en el ámbito civil de la puesta a disposición del público de obras protegidas por derechos de autor, cuando el sujeto que realiza la actividad es el propio *usuario* de estas plataformas

²⁷⁶ Vid. artículo 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²⁷⁷ Vid. VALPUESTA GASTAMIZA, E., op.cit. p. 59-82. Considera difícil calcular la cuantía de la indemnización que pudiera pedirse a estas personas, pero además, considera resulta muy complicado descubrir la identidad de estos usuarios que ponen las obras protegidas por derechos de autor a disposición del resto sin autorización alguna.

de intercambio de archivos, la cuestión es más dudosa cuando a quien se persigue es precisamente a los *responsables de dichas plataformas* de forma que en la mayoría de los casos se les exime de responsabilidad. La jurisprudencia más reciente se viene centrando en los últimos años precisamente en la responsabilidad que ostentan estos sujetos, quienes facilitan de algún modo a través de Webs y plataformas descentralizadas la descarga de archivos. Al respecto, los Tribunales están considerando que estos entes no infringen derechos de autor, como pone de manifiesto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de 25 noviembre de 2011,²⁷⁸ donde se afirma que *"El sistema es "descentralizado" y el perito de la demandada Don. Saturnino incide en dicho carácter descentralizado siendo que aparte lo que se debe considerar es si las conductas descritas anteriormente constituyen una infracción de la propiedad intelectual, y si procede la acción de indemnización y cesación ejercitada de contrario debiendo recurrir a la jurisprudencia existente al respecto en supuestos si no similares, al tratarse no de casos en los que el demandado sea el desarrollador de programas de ordenador, pero sí de supuestos en los que se analiza la conducta de los prestadores de servicios de intermediación que son utilizados por terceros para infringir derechos de propiedad intelectual, coincidiendo las sentencias firmes hasta la fecha, en considerar que no existe infracción de*

²⁷⁸ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, núm. 244/2011 de 25 noviembre. En este caso se ejercitó demanda por PROMUSICAE, UNIVERSAL MUSIC SPAIN SL, WARNER MUSIC SPAIN SA, SONY BMG MUSIC ENTERTAINMENT SPAIN SA, EMI MUSIC SPAIN SA frente a los demandados Eutimio, OPTISOFT SL, PIOLET NETWORKS SL, M PUNTO 2 PUNTO TECHNOLOGIES SA en la que interesaban, entre otros, la cesación infractora de los demandados; cesar la difusión al público por cualquier medio de los programas Blubster, Piolet y Manolito, tanto en sus versiones gratuitas como en sus versiones de pago; así como ordenar la retirada de la red de comunicaciones Internet las páginas web a través de las cuales se facilitaba el intercambio de archivos. D. Eutimio era un desarrollador de aplicaciones informáticas que trabajaba para las empresas demandadas, y que las sociedades Optisoft S.L, Piolet Networks S.L y MPunto 2 Punto Technologies S.A explotan el software. Así, como se argumenta en el FJ. 4 *"puesta a disposición por los demandados de las aplicaciones MP2P, creadas por D. Eutimio , son explotadas por la empresas Optisoft S.L , Piolet Networks S.L y MPunto 2 Punto Technologies S.A poniéndose de manifiesto del informe pericial adjunto (Doc. 7) del Sr. Saturnino , la transparencia en la actividad de las demandadas es absoluta, dado que tienen todos sus datos identificativos en sus páginas webs, y que los derechos se dedican a la producción de software que venden quienes quieren comprarlo, existiendo también una variación en la que no se paga un precio pero que incorpora publicidad, por tanto los demandados no prestan ningún servicio, es un software que sirve para el intercambio de archivos de audio y los demandados tienen unas páginas webs desde las que ponen a disposición de los usuarios las aplicaciones que producen y estos las instalan en sus ordenadores personales, pudiendo optar los usuarios por dos tipos de aplicaciones una Premium su publicidad y otra gratuita que muestra publicidad, siendo que una vez instalada la aplicación en sus ordenadores, los usuarios montan una red, red en la que no intervienen para nada los demandados."*

propiedad intelectual y que el hecho de facilitarla no es una actividad prohibida en nuestra legislación. Así la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de fecha 9 de marzo de 2010 (PROV 2010, 90760) que desestima la demanda interpuesta por la entidad de gestión SGAE contra la web elrincondejesus.com. considerando la sentencia que la actividad de enlazar a obras gestionadas por SGAE y difundidas en redes P2P sin la autorización de la entidad de gestión no constituye infracción alguna de derechos de propiedad intelectual, o igualmente la sentencia de 22 de abril de 2010 (PROV 2011, 85080) del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona que desestima íntegramente la demanda de SGAE contra la web de enlaces a redes P2P indice-web com, considerando que la misma no es infractora de derechos de propiedad intelectual destacando en ella que el Juzgador únicamente considera infractora la concreta actividad de explotación de derechos consistente en reproducir o comunicar públicamente una obra y en ningún caso el mero hecho de facilitar esa conducta.

(...)En este caso que los portales P2P comercializados por los demandados son herramientas informáticas, de carácter neutro, que se ofrecen a los usuarios de la red, como un nuevo instrumento técnico a través del cual como expone la parte demandada, pueden compartir los archivos y contenidos que libremente deseen, sin intervención alguna de los titulares o gestores de los portales P2P, siendo que los archivos informáticos que los usuarios intercambian o publican a través de los portales P2P son, en ocasiones fonogramas, cuya propiedad intelectual corresponde en todo o parte a los actores, aquí demandantes, pero dichos fonogramas no son proporcionados por los demandados, sino por los propios usuarios, no existiendo nexo de causalidad entre la conducta de los demandados, y los usuarios que sin respetar las normas de protección de derechos de propiedad intelectual deciden compartirlos con terceras persona.”

Ello conlleva respecto de *los responsables de dichas plataformas* que la jurisprudencia civil considere que dicha conducta no infringe los derechos de autor pues, como decimos, no son ellos quienes ponen a disposición del público la obra,

sino los usuarios; por el contrario, en el ámbito penal si se han obtenido algunos resultados condenatorios como hemos tenido ocasión de ver.

En definitiva, las sentencias examinadas ponen de manifiesto que nuestros Tribunales del orden jurisdiccional civil consideran que en estos nuevos modos descentralizados de *P2P* son los *usuarios* los infractores de derechos de propiedad intelectual, y no quienes ponen a disposición los enlaces en webs que dan acceso a estos programas de intercambio, a lo cuales los consideran neutros en la actividad, dado que no son quienes ponen a disposición las obras en la Red. No obstante, es preciso adelantar que la postura del legislador es totalmente opuesta a la expuesta por la jurisprudencia que hemos analizado, como lo acredita el hecho de que las últimas medidas que se han adoptado tienen por finalidad perseguir precisamente a las plataformas y a sus responsables como pondremos de manifiesto en la última parte de nuestra tesis.

4.3.4 Conclusiones

Podemos concluir que este sistema *P2P* de intercambio de archivos que contiene creaciones intelectuales protegidas por derechos de autor, plantea muchas dudas sobre su licitud, resolviendo los Tribunales en sentido contradictorio y en base a diferentes argumentos. Así, en primer lugar, comprobamos que no existe unanimidad sobre si la descarga de obras a través de los sistemas *P2P* puede incluirse en la excepción de copia privada, siendo el centro de debate si el acceso se efectúa de forma legal y si realmente su finalidad es exclusiva para uso privado. En segundo lugar y respecto del acto de *subir* la obra, aún no existiendo dudas acerca de su ilicitud y de la responsabilidad civil de los usuarios por

suponer un acto de puesta a disposición al público realizado sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor, la mayor dificultad se centra en poder perseguir y demandar a sus autores debido a la complejidad del proceso de identificación de los responsables de la conducta de utilizar plataformas *P2P*.

No obstante lo anterior, la realidad es que este sistema de intercambio de archivos *P2P* ha venido disminuyendo desde que en el año 2010 alcanzara su máximo apogeo. Según los datos obtenidos por el Centro de Investigación del Mercado del Entretenimiento y la Cultura (CIMEC) expuestos en los Anuarios de las Artes Escénicas, Musicales y Audiovisuales emitidos por la SGAE, en nuestro país desde el año 2003 las descargas ilegales han ido en aumento, de pasar de los 180 millones de descargas de archivos de música, hasta los 3.490 millones de descargas realizadas en el año 2010. Sin embargo, a partir del año 2010 se produce un cambio de tendencia y se produce un leve descenso del número de descargas ilegales, de modo que en el último informe emitido, en el año 2011, las descargas ilegales de archivos musicales fueron de 3.016, lo que supone un descenso de 0.8 puntos con respecto al año anterior.²⁷⁹

Desde nuestro punto de vista, el motivo de este descenso en la actividad no es otro que el cambio de modelo que se está imponiendo últimamente; esto es, el *streaming*, el cual es un sistema que si bien no es nuevo, gracias a la velocidad actual que ofrece la Red se convierte en un modo fácil, rápido y seguro de disfrutar de obras como música o películas gratis a través de Internet.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta las últimas medidas legales que el legislador español ha venido aprobando con el fin de controlar este tipo de

²⁷⁹ Vid. Anuarios de las Artes Escénicas, Musicales y Audiovisuales emitidos por la SGAE. Se pueden descargar a través de la Web de la SGAE.

descarga en la Red, como ha sucedido tras la conocida *Ley Sinde*. De algún modo estas reformas han podido influir en el descenso del intercambio de archivos *P2P*, *produciéndose un* cambio de comportamiento por parte del usuario que ha optado por otros modelos como el *streaming*.

En definitiva, esta práctica conocida como *P2P* se encuentra en un marco difícilmente controlable para el creador intelectual con respecto a su obra, tanto por desarrollarse en un medio como es Internet, como por la sencillez del uso de estas formas, así como por la capacidad de expansión y difusión. Este es el motivo por el cual el legislador, en su labor de proteger a los titulares de los derechos de autor, ha aprobado nuevas medidas sobre las que tendremos ocasión de pronunciarnos. No obstante, previamente analizaremos los *enlaces* y el *streaming* como otros modos que atentan al monopolio del derecho de autor.

4.4 Los *enlaces* o *links*

4.4.1 Introducción

Los conocidos *enlaces* o *links*, vienen a ser otro modo de puesta a disposición al público de las creaciones intelectuales muy común en las redes digitales. De hecho, como ya hemos podido comprobar en el apartado anterior,²⁸⁰

²⁸⁰ *Vid. ut supra* p. 163 resolución de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª), en Sentencia de 27 septiembre de 2011 en cuyo caso los hechos están relacionados con una plataforma *P2P* de enlaces.

se ha implantado la práctica de compartir archivos por programas *P2P* a los que se acceden a través de un *enlace*.²⁸¹

No es de extrañar, por tanto, que la práctica de los *enlaces* se encuentre totalmente instaurada en Internet. La *World Wide Web* es en sí un entramado de enlaces, que permite navegar y dirigirnos de una Web a otra con un solo *click*. En la mayoría de los casos, esto se realiza a través de un *link*, que enlaza y direcciona a otra Web diferente. Esta actividad posibilita navegar de forma muy rápida y ágil, permitiendo acceder a contenidos que se encuentren en otro punto de la Red haciendo *click* en el *enlace* correspondiente. De este modo, el usuario tiene acceso a la información contenida en la Red pudiendo obtener datos, visualizar contenidos, o incluso descargarlos al ordenador.

Los enlaces pueden ser expuestos en la Web de muy diversas formas, desde la clásica transcripción literal de la dirección de la página enlazada, un texto breve o una sola palabra representativa del contenido al que el enlace redirige o anuncia de la existencia del *link* (“pincha aquí”), hasta un símbolo gráfico, un dibujo, una fotografía, el fotograma inicial de un vídeo, etcétera. De este modo, pulsando sobre ese objeto, se traslada a la Web o al contenido indicado.²⁸²

En relación con los derechos de autor, actualmente estos enlaces son muy usados como herramienta para poder disponer obras intelectuales y permitir que sean descargadas por los usuarios de la Red. Así, a través de un *link* contenido en

²⁸¹ Vid. DE LA CUEVA, J., “Internet y derechos de autor”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 29. enero-febrero 2010. p. 48. *El enlace es una figura tan antigua como el primer lenguaje gestual humano, cuando aprendimos como especie a señalar, esto es, a referirnos a una información en un lugar distinto a aquel en el que nos hallamos (...) Ésta es la base y fundamento del hiperenlace: se trata de dos elementos informacionales diferentes en los que uno se utiliza para referirse a otro.*

²⁸² Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., “Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales.” *BACM* núm. 5/2012 parte Estudio, 2012.

una página Web, se puede tener acceso directo a la creación intelectual, la cual ha sido previamente *subida* a Internet, y poder ser *descargada* por quienes hagan *click* en ese *enlace*.

Esto es así, puesto que las páginas Web vienen a ser soportes que pueden ser creadas por cualquier persona sin necesidad de requerir demasiados conocimientos en la materia ni de trámites burocráticos²⁸³ y que permiten incluir de forma sencilla cualquier creación digital, como imágenes, sonidos o videos. De este modo, las obras, sujetas a derechos de propiedad intelectual en la mayor parte de los casos, quedan expuestas al usuario de la Red, que puede acceder en cualquier momento y en cualquier lugar a la misma.

4.4.2 Clases de *enlaces* o *links*

Para una mejor comprensión de la materia que estamos estudiando, consideramos oportuno realizar una breve mención de las clases de *enlaces* o *links* que se utilizan en el entorno digital en relación a los derechos de propiedad intelectual para, posteriormente, analizar cómo se ejerce el derecho de puesta a disposición a través de ellas. Ahora bien, es necesario señalar, que existen muchas clases de *enlaces*, y que no todos son usados habitualmente para facilitar al usuario creaciones intelectuales protegidas por derechos de autor. Por eso, en este apartado nos centraremos sólo en aquellos *links* que sirvan de medio para realizar actos de comunicación pública del artículo 20 del TRLPI.

²⁸³ Ya en su día uno de los creadores de la *World Wide Web*, TIM BERNERS-LEE puso de manifiesto que si fuera necesario pedir un permiso para crear un enlace, se dañaría seriamente la eficacia práctica de la Web. Vid. Berners-Lee, T., The implications of Links-Axioms of web Architecture, disponible en <http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html>.

Desde estos planteamientos, prestaremos atención a dos clases de *enlaces* o *links*,²⁸⁴ los *hipervínculos* y los *enlaces* a redes *P2P*.²⁸⁵

La función de los *hipervínculos* es direccionar al usuario a una página de Internet cuando el enlace es activado. A su vez, dentro de los *hipervínculos* podemos diferenciar dos clases, en *enlace normal* (*linking*), y el *enlace profundo* (*deep linking*).

Cuando se hace *clic* en un *linking*, el usuario activa un enlace que muestra la página que corresponde con la dirección *URL*²⁸⁶ indicada. De este modo, al navegador se le trasporta a la página principal de otro sitio Web.²⁸⁷ En estos casos lo que se hace en realidad es la mera copia de la dirección de *URL*, de tal modo, que se redirige al usuario a un lugar diferente y concreto de la *World Wide Web*, y concretamente lo realiza a una página inicial de la Web de un tercero.

Los *enlaces profundos* o *Deep Linking*, en cambio, redirigen a un determinado contenido de una página Web de un tercero; es decir, que remite al

²⁸⁴ Así, también existen en la Red los llamados *marcos* o *framing*, a través del cual el usuario visualiza dos o más sitios web simultáneamente y de forma descontextualizada y desconectada de su origen; los *inlining*, con esta práctica y a través de un link establecido en una Web se visualizan ficheros gráficos procedentes de otra Web diferente; o el *press clipping*, que en realidad es una actividad de seguimiento de noticias para su posterior comercialización a través de aplicaciones informáticas que rastrean los periódicos digitales.

²⁸⁵ Al respecto, ORTEGA DÍAZ, F., *Los enlaces en Internet: propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de prestadores*. Navarra. 2006, p. 35, agrupa bajo la denominación de «enlaces directos» los enlaces de *superficie* y a los *profundos*, y junto a los marcos o frames, los ubica a su vez dentro de la gran categoría de «enlaces voluntarios», es decir, aquéllos cuya activación ejecuta voluntariamente el usuario.

²⁸⁶ Uniform Resource Locator.

²⁸⁷ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *Enlazadores y pseudoenlazadores en Internet...* op. cit. p. 3.

usuario a un archivo concreto de ésta o a una de sus páginas interiores,²⁸⁸ sin pasar por la página inicial de dicho sujeto.

Por otra parte, los *enlaces P2P*, sobre los que ya hemos realizado alguna referencia en apartados anteriores, son muy similares a los enlaces profundos por cuanto redirigen a un sitio en concreto de la *World Wide Web*. No obstante, direcciona a un espacio concreto de un programa *P2P* que se debe tener instalado de forma previa en el ordenador, y que como ya sabemos, se utilizan para compartir archivos. Así pues, a través de estos enlaces se accede directamente al archivo, que puede ser una obra que ha sido puesta a disposición del resto de usuarios por uno de ellos desde su propio ordenador, lo que conocemos como *sistema de intercambio de archivos descentralizado*.

Estas dos últimas clases de *links* señaladas, los *enlaces profundos* y los *enlaces P2P*, son los que mayor difusión tienen en Internet y los que mayores problemas ha dado al legislador, a los Tribunales, a las entidades de gestión, a la industria y a los titulares de derechos de propiedad intelectual. A continuación realizamos un análisis jurídico sobre la incidencia que han tenido estas clases de enlaces en los derechos de propiedad intelectual, y veremos la licitud de estas prácticas como modos de puesta a disposición de los usuarios de obras protegidas por derechos de autor, no sin antes realizar un breve apunte sobre uno de los agentes de esta actividad, los *enlazadores*.

²⁸⁸ Vid. DE NOVA LABIÁN, A.J., *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital...* op. cit. p.126.

4.4.3 Los *enlazadores*

Antes de abordar la cuestión central cual es la licitud que plantean los enlaces como acto de comunicación pública, es necesario referirnos primero a los *enlazadores* como aquellas personas que disponen el enlace en la *World Wide Web*.

La figura del *enlazador* no ha estado exenta de polémicas por su implicación y responsabilidad como ente que publica y facilita los *links*. Tal es su trascendencia que para los Tribunales determinar el papel de estos actores ha supuesto, en muchos casos, resolver la *litis* en cuestión. De hecho, son muchas las resoluciones que vienen a clarificar la actividad del *enlazador* en relación con la acción del *enlace*, usándolo como fundamento para dictar el fallo. Básicamente es lo que ha ocurrido en resoluciones muy conocidas como el caso de “*Sharemula*”²⁸⁹, “*Emule24h*”, y “*Elitemula*”, todas Webs de *enlaces* dictadas en vía penal, cuyas actuaciones finalmente fueron sobreseídas al considerar que las actividades realizadas por los *enlazadores* eran atípicas.

En efecto, la cuestión central es calificar la acción que se lleva a cabo en esta figura, ya que como regla general no va a ser el *enlazador* quien suba los contenidos. Si nos limitamos a considerar que su actuación es simplemente de establecer el enlace, no es en origen quien está proveyendo el contenido al que el enlace redirecciona;²⁹⁰ es decir, que el *enlazador* no es responsable del enlace ni de su contenido, por tanto, si hubiese algún contenido ilícito no respondería por ello. Sin embargo, no está exento de toda responsabilidad cuando a dicha

²⁸⁹ *Vid. ut supra* p. 156 donde ya hicimos referencia.

²⁹⁰ Excepto que se trate de un enlace interno de la Web que dirija el enlace a otro contenido de la propia web, o bien, evidentemente, que el *enlazador* haya realizado otra actividad que no se limite a enlazar a una web de un tercero.

actividad se le une la de ser considerado como proveedor de los contenidos del enlace. Dicho de otro modo, que si efectivamente ha sido el *enlazador* quien ha provisto los contenidos, resultando ser obras del ingenio protegidas por derechos de autor, efectuando un acto de puesta a disposición sin el consentimiento de los titulares de estos derechos, evidentemente estaría realizando un acto ilícito y sería responsable por ello. En definitiva, sería responsable por *subir* contenidos protegidos, pero no por el mero hecho de enlazar, sobre lo cual respondería la persona que efectivamente los hubiera subido a la Red.

Por otro lado, no podemos olvidar el papel que juega en estas actuaciones los *prestadores de servicios*²⁹¹ como *enlazadores* en la Red. El ejemplo más evidente lo tenemos con los buscadores, los cuales están configurados por *enlaces* que redireccionan a otras Webs o contenidos. Para estos casos, nuestro ordenamiento dispone una limitación a la interpretación del derecho de comunicación pública en relación con el establecimiento de *enlaces* y la responsabilidad de estos agentes. Esta limitación viene contenida en el artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que, bajo la rúbrica “Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda”, establece que “*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:*

a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

²⁹¹ Para MARQUEZ LOBILLO, P., “Prestadores de servicios de intermediación: Algunas especialidades de su estatuto jurídico”, *RCE*, núm. 88, Diciembre 2007, el *prestador de servicios en sentido estricto*, puede ser definido como “*la persona física o jurídica que realiza su actividad económica, empresarial o profesional, normalmente a título oneroso, a distancia, por medios electrónicos y a petición individual de un destinatario (apartado b, del Anexo de la LSSICE), es decir, en las condiciones exigidas a los servicios de la sociedad de la información.*”

b. Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo anterior cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.”

En definitiva, en base a este precepto, los *prestadores de servicios de Internet* que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda no son responsables civilmente por los actos de comunicación pública realizados por terceros que hayan dispuesto obras en la Red y cuyos enlaces sean facilitados por ellos, siempre y cuando no tengan conocimiento de la ilicitud de los contenidos o cuando, aún teniendo conocimiento, actúen diligentemente. En palabras de GARROTE,²⁹² cuando el prestador de servicios *ha conocido fehacientemente por cualquier medio -por ejemplo, la notificación de la autoridad judicial- que existen contenidos en su servidor que violan los derechos de autor, tiene la obligación de retirarlos o bloquear el acceso a los mismos, si ello es técnicamente posible. Si no lo hace, puede entenderse que actúa negligentemente y que es corresponsable en la violación de derechos, por lo que deberá responder por ello de acuerdo con los términos del artículo 140 TRLPI.*

²⁹² Vid. “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos” *RPI*, núm.6. septiembre-diciembre 2000. p. 59. Aunque se estaba refiriendo a los prestadores de *hosting*, es perfectamente trasladable a los prestadores de servicios de *links*.

Así, esta es la argumentación comúnmente alegada por las plataformas P2P para justificar su falta de responsabilidad, si bien señalar que en diversos casos planteados fuera de nuestras fronteras, fundamentalmente en Estados Unidos, estas plataformas han sido condenadas básicamente al considerar los tribunales que eran conscientes de que la inmensa mayoría de usuarios realizaban intercambio ilícito de obras protegidas y no hicieron nada por evitarlo.²⁹³ Así ocurrió en los casos *Sony*, *Napster*, *Grokster* o *Kazaa*.²⁹⁴

Sobre este asunto nuestros tribunales civiles se han manifestado a través de alguna resolución. En concreto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a través de tres sentencias²⁹⁵ sobre la interpretación que ha de darse al requisito del conocimiento efectivo.²⁹⁶ Al respecto, se considera que los prestadores de enlaces

²⁹³ Vid. VALPUESTA GASTAMIZA, E., op. cit. 59-82.

²⁹⁴ Concretamente en el caso de *Grokster* y *Kazaa* se trataba de plataformas descentralizadas surgidas al mismo tiempo que *Napster* decaía. Las primeras sentencias recaídas en estos casos absolvían a dichas entidades al entenderlas ajenas a los actos ilícitos cometidos por sus usuarios. No obstante, ambas compañías llegaron a acuerdos millonarios con sus demandantes tras el cambio de criterio de los tribunales americanos las cuales finalmente consideraron su actividad como ilícita.

²⁹⁵ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 9 de diciembre de 2009, el llamado “caso putasgae” en este caso se interpuso demanda por la SGAE contra Asociación de Internautas, inscrita como tal en el registro nacional de asociaciones que prestaba servicios de la sociedad de la información a sus asociados por medio de su dirección en la Red www.internautas.org., entre los que se encontraba los de alojamiento de datos, conteniendo en la referida página las direcciones www.putasgae.org y www.antisgae.internaturas.org y éstas a su vez, expresiones insultantes contra la demandante, entendiendo los demandantes que éstas últimas pertenecían al dominio de www.internautas.org.; Sentencia, del mismo Tribunal y Sala, de 18 de mayo de 2010, dictada en el “caso quejas on line” núm. 316/2010, en cuyo caso apareció en dicha página un comentario sobre Mutua Madrileña Automovilista, a nombre del demandante que no fue el autor del tenor siguiente: “Soy abogado de Mutua Madrileña y estoy cansado de engañar a la gente, pues la Mutua me hace retrasar los expedientes, con el fin de no pagar Tiene pinta de irse al garete”. El demandante comunicó a Ruboskizo, SL la suplantación y le requirió para que retirase de la página “Web” aquel comentario. Lo que la requerida hizo seguidamente, motivo por el cual y en base al artículo 16 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico fue estimado el recurso de casación; STS Sala 1ª, de 10 de febrero de 2011, núm. 72/2011, “caso alasbarricadas”. En el cual el conocido cantante Ramoncín interpuso demanda contra la web Alasbarricadas.org en la que fueron publicadas expresiones y fotografías atentatorias contra el derecho al honor del actor, siendo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Madrid en sentencia de 13 de septiembre de 2007 en el juicio ordinario n.º 168/2007, que estimo la demanda formulada, confirmada tras recurso de apelación por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de fecha 22 de septiembre de 2008, en el rollo de apelación n.º 195/2008, recurrida en casación por el demandado la cual es desestimada por el Alto Tribunal al entender que había un conocimiento efectivo por parte del prestador de servicios en aplicación del artículo 16 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

²⁹⁶ En realidad, en estas Sentencias se tratan casos en los que la infracción de fondo no afectaba a derechos de propiedad intelectual, sino al derecho al honor, y el prestador no era de enlaces sino de alojamiento de datos, aunque la interpretación dada es perfectamente trasladable a nuestro caso.

pueden tener dicho conocimiento en virtud de la manifiesta ilicitud o lesividad de los contenidos a los que sus enlaces redirigen, por lo que no es requisito imprescindible que se haya dictado una orden de retirada o de bloqueo de acceso. En conclusión, la ausencia de una reacción por parte de los prestadores de servicios eliminando o bloqueando el enlace le supondría incurrir en responsabilidad.²⁹⁷

4.4.4 Los *enlaces* o *links* como modo de puesta a disposición al público de la obra

Ya conocemos las diferentes clases de enlaces y el protagonismo que tienen los *enlazadores* y *prestadores de servicios*. De lo expuesto podemos llegar a la conclusión que el acto de *enlazar* a creaciones intelectuales como posible objeto de los contenidos, al ser una mera actividad intermediaria no supone, en principio, un acto de explotación de derechos de propiedad intelectual, a excepción de las salvedades ya señaladas en el apartado anterior.

Para que se pudiera considerar el acto de *enlazar* como comunicación pública y, más concretamente, un acto de puesta a disposición habría de tenerse en cuenta los requisitos que han de cumplirse y que ya hemos tenido ocasión de estudiar del artículo 20 TRLPI. No nos vamos a detener en realizar un análisis del cumplimiento de cada una de estas exigencias con respecto al acto de *enlazar* pues sería repetitivo. No obstante, sí hemos de destacar la característica de la accesibilidad a las obras o servicios relacionados que ha de existir en estos actos,

²⁹⁷ Nos limitamos a hacer un breve comentario sobre los proveedores de servicios de enlaces por cuanto de otro modo nos excederíamos de la materia central de nuestro estudio, dada la amplitud del tema, siendo susceptible de un estudio aparte.

entendido como la posibilidad de acceso, aún en potencia, de un público a la creación intelectual así como la disponibilidad de la propia obra entendido como la subida de la creación intelectual a la Red; ambas características son factores a tener en cuenta para determinar la responsabilidad de los *enlazadores*.

Como decimos, se dan casos en los que el *enlazador* o *prestador de servicios* “*se contamina*”²⁹⁸ del contenido del enlace que dispone, por cuanto llegan a ser considerados como verdaderos proveedores de los contenidos.

En estos casos, nuestros Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse; así, en el ámbito civil, se han dictado dos Sentencias importantes pues parecen apuntar una menor tolerancia de nuestros juzgadores hacia estas conductas; son los casos “*elrincondejesus*” y “*indice-web*”, Ambos asuntos fueron resueltos por la Sección 15ª de la AP Barcelona, el primero por Sentencia de 24 de febrero de 2011 y el segundo por Sentencia de 7 de julio de 2011.²⁹⁹

En el primer caso, según la sentencia de primera instancia del Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona, “*se ofrece (...) la posibilidad de descargar archivos (de música, películas, documentales...) mediante el sistema de enlaces o ‘links’ a la red p2p eDonkey, que utiliza el sistema eMule*”, resolviendo dicho Juzgado que el responsable de la Web no había realizado ningún acto de explotación de derechos de propiedad intelectual,³⁰⁰ por lo que no condenó al demandado.

²⁹⁸ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., *Enlazadores y seudoenlazadores en Internet...* op. cit. p. 28.

²⁹⁹ Ya hemos mencionado antes estos casos para estudiar las “*cargas*” de obras a la Red. Vid. *ut supra* p.168.

³⁰⁰ La SGAE les demandaba por actos de reproducción y comunicación pública ilícitos.

Sin embargo, en la apelación la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una resolución pionera en la materia, pues admitido parcialmente el recurso, se estimó, por primera vez en España que una página de enlaces como “*elrincondejesus*” sí efectúa determinados actos que infringen los derechos de propiedad intelectual de los demandantes, entre los que se encontraba un acto de puesta a disposición al público de la obra, por lo que le fue impuesta una indemnización a favor de los mismos.

En este caso la sentencia determinó que esta Web realizaba tres actos diferentes: *enlazar a descargas directas*, *enlazar a programas P2P* y *streaming*. Centrándonos en las dos primeras actividades señaladas, por cuanto que sobre el *streaming* trataremos en el apartado siguiente, la Audiencia Provincial de Barcelona consideró que sí estamos ante una infracción de los derechos de propiedad intelectual, concretamente del derecho de puesta a disposición al público, pero sólo cuando nos referimos a los *enlaces* de *descargas directas* en la medida que el internauta tiene acceso directo a la obra desde la Web en cualquier momento y desde cualquier lugar, aún no estando acreditado que fuera el propio demandado quien hubiera *subido* las obras a la Red. Así pues, se consideró que esta actividad podía encuadrarse dentro del artículo 20.2. i) del TRLPI, y al haberse realizado sin el previo consentimiento de los titulares de los derechos de autor, esta conducta era condenable civilmente.

En cambio, sorprendentemente la Audiencia Provincial de Barcelona no consideró ilícita la conducta de enlazar a programas *P2P*, sosteniendo que “*el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo (...). Como se ha argumentado en la doctrina: ‘la puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra, y desde donde se puede*

*descargar a través de programas cliente p2p; son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición”.*³⁰¹

Esta diferenciación entre unos enlaces y otros ha sido criticada por entenderse que es desafortunada por parte de autores como SÁNCHEZ ARISTI³⁰² que considera que esta resolución es acertada en lo referido a considerar la actividad de enlazar como acto de puesta a disposición del público, pero sin embargo, *dicho acierto se ve neutralizado de inmediato por el desacierto consistente en establecer una diferenciación por el hecho de que el enlace redirija a una red P2P en lugar de a un servidor de gran capacidad, ya que es sólo en este caso, en el que al usuario se le permite una “descarga directa”, cuando la Audiencia admite que el enlazador realiza un acto de puesta a disposición del público.* De este modo, la corriente doctrinal seguida por este autor además de considerar dichos comportamientos como manifestaciones del derecho de comunicación pública, no tiene dudas de que la acción de enlazar deba calificarse como un acto de puesta a disposición del público del artículo 20.2. i) y *cuando se traza un enlace a un contenido puesto a disposición del público en Internet, sucede simplemente que el enlazador se ahorra el primer tramo de ese proceso de explotación complejo en el que la puesta a disposición del público se inserta, el consistente en la reproducción inicial de la información, ya que por definición ésta ya ha sido cargada en la red por otro sujeto, lo cual hace innecesario volver a almacenarlo. Estamos pues ante un acto puro de puesta a disposición del público, pues recuérdese que la conducta relevante a los efectos de este derecho no es subir un contenido a la red sino hacer localizable un contenido subido a la red.*³⁰³

³⁰¹ Vid. Sentencia de la AP de Barcelona de 24 de febrero de 2011. Además añadió cuestiones técnicas, porque manifiesta que “los datos no pasan por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces, de modo que el usuario que descarga no recibe los datos a través del sitio de enlaces, sino directamente desde los ordenadores que alojan ese archivo.” De este modo, parece entenderse que, para que haya un acto de comunicación pública, sería necesario el paso de algún bit por los servidores de la página de enlaces.

³⁰² Vid. Enlazadores y seudoenlazadores en Internet... op. cit. p. 31.

³⁰³ Vid. Enlazadores y seudoenlazadores en Internet... op. cit. p. 36.

Por otro lado, en el caso “*índice-web*”, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia de 7 de julio de 2011, posiblemente con el fin de aclarar la confusión creada con su Sentencia anterior al diferenciar entre distintos tipos de enlaces a efectos de pronunciarse sobre su ilicitud, decide asimilar los enlaces de descargas directas a los enlaces que redireccionan a obras descargables desde plataformas *P2P*, y por tanto, considerar que no existe ilícito civil en ninguno de dichos actos lo que supone un retroceso respecto de las sentencias anteriores

La tesis defendida por esta resolución judicial es compartida por algunos autores que consideraran que los *enlaces profundos* y *enlaces a redes P2P*, son iguales jurídicamente a los llamados enlaces de superficie,³⁰⁴ no existiendo vulneración de derechos de autor; *si bien un enlace facilita acceder a una obra, no supone una vulneración de la propiedad intelectual*, considerando además que *la confusión nace de una ilusión óptica propia de la tecnología*, dado que “*la figura del enlace de un navegador de Internet, parece mostrar que cuando se “pincha” éste, se descarga un archivo de la misma página visitada.*”³⁰⁵

³⁰⁴ En este sentido VALLÉS y XALABARDER, al considerar que *tampoco los enlaces profundos dan lugar a un acto de reproducción o comunicación pública independiente. Aun a riesgo de ser simplistas, podríamos decir que un enlace no es más que un «atajo» que evita tener que introducir la dirección URL para acceder a la página enlazada. Hasta que el usuario final active el enlace, no será posible visualizar la página enlazada en pantalla y se generarán las copias necesarias (RAM, etc.) y el acto de comunicación pública (que tiene lugar en la página enlazada). En puridad, si el contenido enlazado ya estaba puesto a disposición del modo previsto en el artículo 20.2.i TRLPI, entonces la página enlazada ya estaba llevando a cabo una comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición, con independencia de la activación del enlace por parte del usuario. Vid. CASAS VALLÉS y XALABARDER en Miquel PEGUERA POCH (Coord.), “Principios de Derecho de la Sociedad de la Información”, 1ª ed. Aranzadi. p.487. En contra, ORTEGA DÍAZ, quien a nuestro juicio, desde la perspectiva del derecho comunitario y español, este tipo de enlaces (los enlaces profundos) es susceptible de producir una violación del derecho de comunicación pública (...). Vid. ORTEGA DÍAZ, F., op. cit.; en el mismo sentido, Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y a los derechos conexos en el ámbito digital” *RPI*, núm. 13. enero-abril 2003. p. 30.*

³⁰⁵ Vid. DE LA CUEVA, J., op. cit. p. 49.

Para completar las tesis defendidas, es preciso añadir que existe un tercer sector de la doctrina, que en cambio, sí considera claramente a los enlaces como un acto de comunicación pública, aunque no lo configura como un derecho de puesta a disposición del público de la obra; así se afirma que *no parece aventurado sostener que el linking, en principio, puede comprenderse como un supuesto de comunicación al público, en la medida en que a estos efectos es suficiente con que se permita al público acceder al contenido protegido sin necesidad de contar con un ejemplar del mismo.*³⁰⁶ Entre los autores que defienden esta postura podemos citar a PEGUERA POCH,³⁰⁷ quien afirma que *parece claro también que el enlace como tal no constituye un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, pues quien se limita a ofrecer un enlace no dispone de la obra, de modo que difícilmente puede entenderse que la pone a disposición del público.* En la misma línea, RAMÍREZ SILVA,³⁰⁸ señala que *por definición, no puede ponerse a disposición de un tercero aquello de lo que uno mismo no dispone, además considera que teniendo en cuenta que la obra o prestación se encuentra accesible en la página web o el equipo de un tercero o alojada en servidores ajenos, sobre los cuales quien establece un enlace no tiene facultad de disposición alguna, no puede existir puesta a disposición del público de la obra o prestación por parte de quien establece el enlace.*

En definitiva, y de acuerdo con lo previsto en el art. 20 calificar estos actos como de puesta a disposición conlleva que el acto de *subir* la obra, esto es, disponer públicamente el contenido protegido por derechos de autor ha de efectuarse con el preceptivo consentimiento de sus titulares, y por otro lado, que en su caso habrán de cumplirse los requisitos contenidos en el artículo 17 de la

³⁰⁶ Vid. MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad de los prestadores de servicios...” op. cit. p. 30. En el mismo sentido, vid. “Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P”, *Diario La Ley*, núm. 7462, 7 de septiembre de 2010, p. 4-5; RAMÍREZ SILVA, P., “Webs de enlaces y propiedad intelectual”, *InDret*, 2/2012, p. 15-19.

³⁰⁷ Vid. “Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P...”, op. cit. p. 4.

³⁰⁸ Vid. op. cit. p. 16.

LSSI para los prestadores de servicios; en nuestra opinión, sólo cumpliéndose ambos presupuestos los enlaces y la actividad de enlazar podrían ser considerados lícitos.

Por su parte, determinar la posible responsabilidad penal de los *enlaces* planteó ciertas dificultades. En general, la jurisprudencia en materia penal ha venido entendiendo que esta actividad no supone ilícito alguno. Una de las primeras resoluciones dictadas, fue en el conocido caso “*sharemula*”.³⁰⁹ En este

³⁰⁹ Vid. Auto nº 582/2008, AP Madrid, Sección 2ª, de 11 septiembre 2008, FJ. 5: “*De la investigación llevada a cabo por la Policía Judicial y tal como ya ha apuntado el juez de instrucción, se desprende que la actividad de página Web www.sharamula.com se centra en facilitar "enlaces", ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es su actividad se centra en "enlazar". La actividad desarrollada por los denunciados viene regulada por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio de 11 de Julio de 2002, en cuya Exposición de Motivos se recoge que "La Ley establece, asimismo, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables". Y en desarrollo de dicha motivación se establecen, en el art. 16 la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos: "1 Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b). Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos" y en su Art. 17 (aplicable al caso que nos ocupa) se recoge la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, estableciéndose que: "1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente."Y tanto para los prestadores de servicios a que hace referencia el art. 16 como los del art. 17 se expresa que "Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimientos efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse". Sobre este punto el art. 13 LSSI, por el que empieza precisamente el Capítulo dedicado al "Régimen de responsabilidad" establece:"Art.13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes."Las normas siguientes de la LSSI (entre ellos art. 16 y 17 ya*

procedimiento, la Audiencia Provincial de Madrid resolvió archivando las actuaciones penales entabladas contra esta Web de enlaces a través de la cual se accedían a contenidos protegidos por derechos de autor.³¹⁰ Cabe destacar de este

citados) podrán ser de aplicación en el ámbito civil, o en casos en que exista duda sobre la ilicitud penal, en la jurisdicción penal, quedando exonerada la responsabilidad del prestador de servicios, conforme a lo expresado:- si no tiene conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, "cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse"- Y si tienen conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, cuando actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Las resoluciones judiciales interpretando la LSSI son, hasta la fecha escasas, aunque, tal y como apunta la denunciada una de las primeras que trascendió fue el Auto del Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, de 7 de marzo 2003, en el titular de la página web www.ajoderse.com incluía enlaces a otras páginas web que facilitaban métodos para ver gratis TV de pago. La denuncia fue interpuesta por el grupo de empresas que operan bajo la marca ONO, por los presuntos delitos de Descubrimiento y Revelación de Secretos, contra el titular de la página de Internet con dirección <http://www.ajoderse.com/>. El Juzgado opta por el sobreseimiento, alegando básicamente: "Que puede existir responsabilidad por la colección de hiperenlaces según el texto de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, que en su art. 17 establece la responsabilidad en que incurre un sitio Web cuando sabiendo que un contenido es ilícito, se expone un enlace a una página declarada ilegal. Se precisaría el conocimiento efectivo por parte del proveedor de servicios de que la actividad o la información a la que remite el hiperenlace es ilícita. Pero aún cuando el prestador de servicios conozca la ilicitud de las páginas enlazadas, la Ley 34/2002 define lo que se entiende como conocimiento efectivo en el último párrafo de su art. 17.1 : "Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse."

³¹⁰ Por tanto, al no haberse aportado a la causa prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17,1 de la Ley 34/2002, ni que el imputado como prestador de servicios conociera tal resolución, no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de esta causa, por lo que al amparo del art. 641,1 LECrim. En relación con lo establecido en el art. 789,5,1 de dicho texto legal procede decretar el Sobreseimiento provisional de la misma, sin perjuicio de su reapertura si se aportaran nuevos datos que pudieran constituir indicios de la perpetración del delito."La Sentencia de la Sección 3ª (Civil) de la Audiencia Provincial de Baleares, en Sentencia de fecha 22 de febrero de 2007, llega a la misma conclusión, analizando al respecto que "Tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, como España en la Ley 34/02, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio Web del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, sólo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por las normas, a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 34/02. A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos; cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización

caso, como ha venido ocurriendo en muchos otros, que la Audiencia parece no saber diferenciar entre las clases de enlaces, pues fundamenta la Sentencia en la existencia de *enlaces de superficie*, como, *enlaces simples*.³¹¹

La sentencia fundamentó su decisión en que no quedaba probado el conocimiento del titular de la Web de que a través de ella se realizaran actos contrarios a los derechos de autor y basó en el principio de “intervención penal mínima” en la que se basa la mayoría de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en España.³¹²

y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difunda por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando". En definitiva, no existiendo ninguna resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17.1 LSSI, el prestador de servicio (la parte denunciada) no tiene el "conocimiento efectivo" que se requiere para que pueda declararse responsable respecto a la información que remiten o recomiendan o donde "enlazan".

³¹¹ Los enlaces de superficies son en realidad una clase de enlace simple (nosotros en este estudio lo denominamos hipervínculo), resultando que la Audiencia los considera como una sola clase. Así, en el FJ. 6 del referido Auto nº 582/2008, AP Madrid, Sección 2ª, de 11 septiembre 2008 expone que “(...) *en línea con lo expresado por la doctrina (Ortega Díaz, Garrote Fernández-Díez), considera que el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página Web, sin tener que "teclear" el nombre de esa página. Por eso no supone una reproducción ni una distribución de la página Web, ya que no reproducen la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página Web de la remitente. Simplemente, como hemos dicho, "ahorra" el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador. ¿Acaso el internauta que teclea el nombre de la página en el buscador está reproduciendo o distribuyendo el contenido de la página, y está infringiendo la propiedad intelectual de la misma? Es evidente que no. El enlace simple cumple esa misma función, y por eso no supone infracción de dicho derecho.*” Vid. RAMÍREZ SILVA, P., op. cit. p. 16. Quien señala que al manejar términos jurídicos confundió el derecho de puesta a disposición al público con el derecho de distribución. Vid. *ut supra* nota 307 al principio de la transcripción del contenido del Auto nº 582/2008, AP Madrid, Sección 2ª, de 11 septiembre 2008.

³¹² En el mismo sentido, AP Álava de 3 de febrero de 2012 (“caso cinetube”), AP Madrid, Sección 1ª, de 27 de abril de 2010 (“caso rojadirecta”), AP Madrid, Sección 29ª, de 30 de junio de 2011 (“caso peliculasok”), Auto de la AP Alicante, Sección 2ª, de 18 de febrero de 2010 (“caso naidadonkey”), AP Madrid, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2011 (“caso edonkeymania”), AP Huelva, Sección 1ª, de 1 de septiembre de 2010 (“caso etmusica”), AP Cantabria, Sección 1ª, de 8 de junio de 2010 (“caso cinegratis”), AP Madrid, Sección 23ª, de

Compartiendo básicamente la argumentación ofrecida por la Audiencia para justificar el sobreseimiento del caso “*sharemula*”, la doctrina mayoritaria³¹³ considera que los *enlaces de superficie* no suponen un acto ilícito, por cuanto su única función es indicar en qué lugar de la red se encuentra un contenido, siendo su función la de mero intermediario; esto es, señalar su *URL*.

No obstante, también existe un conjunto de resoluciones judiciales que han condenado esta actividad, como por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2011 en el “caso *fenixp2p y mp3-es*”, afirmando que *“el argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaban a informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (...) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión. En este sentido entendemos con los recurrentes que esta actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 CP.”*³¹⁴

Como conclusión, podemos extraer de lo expuesto que tanto un sector de la doctrina como de la jurisprudencia, consideran los actos de enlazar y los enlaces

11 de mayo de 2010 (“caso CVCDGO”), o AP Madrid, Sección 2ª, de 8 de marzo de 2011 (“caso *spanishshare*”).

³¹³ En este sentido, *vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I, *El Derecho de Autor en Internet...* op. cit. p.367.; ORTEGA DÍAZ, F., op. cit., p. 122.; CASAS VALLÉS y XALABARDER, op. cit. p. 487.

³¹⁴ En el mismo sentido, Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vitoria, de 15 de abril de 2011 (“caso *infektor*”), Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008 (“caso *infopsp*”) o Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vigo, de 26 de enero de 2010 (“caso *simonfilmstv*”).

como algo atípico jurídicamente, por cuanto sólo suponen indicar al usuario dónde se encuentra alojado un determinado contenido previamente buscado; a ello se añade que su condición como meros intermediarios impide considerar esta actividad como un acto de comunicación pública, y en consecuencia como de puesta a disposición al público. En contra de esta tesis, existe otra vertiente que califica estas conductas como ilícitos civiles al considerar que los enlaces son claros actos de puesta a disposición al público. Por otro lado, en el ámbito penal dada la dificultad que plantea probar la intencionalidad y el efectivo conocimiento de los titulares de las Web a través de las cuales se realizan los actos de enlazar siendo éstos considerados como meros intermediarios y, en aplicación del principio de “intervención penal mínima”, resultan ser reducidas las sentencias condenatorias de dicha actividad.

4.5 El *streaming*

La última de las conductas que vamos a analizar que puede ser calificada como un acto de puesta a disposición del público se diferencia de las anteriores en que para disfrutar de la obra no es necesario su almacenamiento previo en el ordenador. En este caso nos encontramos con la puesta a disposición en *streaming* que permite el acceso *on-line* a la obra, pensado para las obras audiovisuales o sonoras, tratándose de una puesta a disposición instantánea sin requerir previa descarga de la obra y por tanto sin necesidad de guardar ningún archivo en nuestro ordenador, permitiendo así acceder y visualizar directamente los contenidos en Internet.

En España, nuestros Tribunales de justicia han dictado un conjunto de sentencias que efectivamente vienen a declarar estos actos como comunicación pública de la obra, y más concretamente como una puesta a disposición al público.

Esta fue, por ejemplo, la tesis adoptada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sentencia ya citada de 24 febrero de 2011,³¹⁵ que resuelve un recurso de apelación referido a un asunto en el que la entidad de gestión SGAE ejercitó una demanda frente al titular del sitio Web “*elrincondejesus*”, desde el cual cualquier usuario de la Red y de modo gratuito podía acceder a las obras musicales protegidas por derecho de autor y administradas por aquélla entidad, donde pone de manifiesto lo siguiente: *“Pero sí que a través de la página web se permite la reproducción, al facilitar al usuario de la web la descarga directa, y la comunicación pública, al facilitarle la posibilidad de escuchar el contenido de un archivo musical. Desde la perspectiva del demandado, su conducta cabría calificarla de acto de comunicación a la vista de lo prescrito en el apartado 1 y en el apartado 2, letra i) del art. 20 TRLPI. El art. 20.1 TRLPI parte de un concepto muy amplio de comunicación pública, pues alcanza a “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. Y el apartado 2 del mismo art. 20, al especificar actos concretos que suponen comunicación pública, se refiere expresamente, en la letra i), a: “la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. El demandado, al permitir desde su página web la descarga directa, lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita la página web y solicita la descarga, de las obras afectadas. Y del mismo modo al permitir también la audición de los archivos, sin descarga, pues con la audición el solicitante tiene acceso al archivo musical, aunque se limite a escucharlo en ese momento. En la medida en que ambas*

³¹⁵ Vid. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia núm. 83/2011 de 24 febrero, F.2. AC 2011\86. No obstante, señalar, que el Tribunal aún reconociendo la ilicitud de esta actividad, no condenó a los demandados por esta actividad, por considerar que no se incluía el *streaming* dentro del *petitum* de la demanda, así sólo condenó por la puesta a disposición de contenidos para *descargas directas*.

operaciones se realizan desde la página web del demandado, puede concluirse que es éste quien lleva a cabo la puesta a disposición del público de las obras, al margen de si ha sido él u otro quien las haya colgado en la red.”

Como podemos extraer del fundamento anterior de la sentencia, nuestros Tribunales se refieren al *streaming* como la actividad por la cual permite el acceso y disfrute de la obra sin necesidad de descarga. Sin embargo, es oportuno hacer una diferenciación al respecto; en efecto, nos podemos encontrar dentro de esta modalidad de puesta a disposición, por un lado, con obras que se suban a la Red y se queden almacenadas en un servidor, de tal modo que el usuario tiene acceso en cualquier momento; y por otro lado, con obras que se pongan a disposición “en vivo”, realizándose una retransmisión del contenido que, a su vez, está siendo emitido a través de su entidad de origen legalmente. Un ejemplo de esta modalidad son los programas televisivos retransmitidos desde servidores de *streaming*, en los que *el contenido no está realmente almacenado en ningún lugar de la red, sino que las señales, tras ser retransmitidas desde el equipo de un internauta anónimo hacia un servidor de gran potencia, son captadas sin solución de continuidad por las páginas web en las que se embebe el código que el servidor las ha asignado, de modo tal que en ningún momento se realiza una grabación que rompa la cadena de retransmisión y permita propiciar una puesta a disposición, moviéndonos en consecuencia en el ámbito de la comunicación al público tradicional, unidireccional y sin interactividad.*³¹⁶

³¹⁶ Vid. SANCHEZ ARISTI op. cit. p. 28. En definitiva, este autor, considera esta actividad como mera conexión a una retransmisión a través de Internet, pues “cualquier medio de redirección hacia una señal de radiodifusión que no está permanentemente disponible en la red sino que fluye en tiempo real desde una estación retransmisora (aquí el servidor de streaming), está abocado a derivar él mismo en un acto encadenado de retransmisión, pues en definitiva las señales de los programas radiodifundidos son objeto de redifusión desde un nuevo lugar de la red, exactamente igual que si en lugar de una página web la señal fuera captada por un poste repetidor o una antena y desde ahí retransmitida a un nuevo círculo de destinatarios”, motivo por el cual, sí considera esta actividad como un acto de comunicación pública del contenido en el artículo 20 el TRLPI, pero sin encuadrarlo dentro de la letra i) del apartado segundo referido al derecho de puesta a disposición, no dudando de la ilicitud de tales actos sobre todo cuando lo que se comunica son contenidos que han sido objeto de una emisión original codificada, como sucede con los canales y servicios de pago.

El fenómeno del *streaming* ha sido objeto de análisis no sólo por parte de la jurisprudencia y doctrina españolas, sino también ha sido tratado recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; precisamente sobre la retransmisión de contenidos *en vivo*. Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de su Sala Cuarta, de 7 de marzo de 2013,³¹⁷ ha declarado que sin duda esta práctica debe calificarse como un acto de comunicación pública y de puesta a disposición del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE. El asunto en cuestión tenía como demandada a una entidad denominada *TVCatchup*, la cual difundía por Internet y, prácticamente en tiempo real, las emisiones televisivas de otras entidades de radiodifusión legales, permitiendo a los usuarios recibir en directo los contenidos en abierto. No obstante, esta entidad comprobaba que los usuarios de sus servicios sólo obtuvieran el acceso a un contenido si ya disponían legalmente del derecho a verlo en el Reino Unido gracias a su licencia de televisión. Las condiciones que los usuarios debían aceptar comprendían, pues, la posesión de una licencia de televisión válida y un uso de los servicios de *TVCatchup* restringido al Reino Unido. El sitio Internet de *TVCatchup* disponía además de equipos que le permitían identificar el lugar en el que se hallaba el usuario, y denegar el acceso cuando no se cumplían las condiciones exigidas a los mismos.

Las cadenas afectadas por esta actividad demandaron a *TVCatchup* por violación de derechos de autor por las emisiones y películas que comunicaba al público de la cual ostentaban los derechos en base a la Ley inglesa. En relación a dicha demanda el Tribunal inglés decidió plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En dicha cuestión prejudicial preguntó, en primer lugar, si el concepto de “comunicación al público”, previsto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, debía interpretarse en el sentido de que comprendiese una retransmisión de las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre

³¹⁷ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2013, Sala Cuarta, 2003/73. Asunto C-607/11.

realizada por un organismo distinto del emisor original, mediante un flujo de Internet puesto a disposición de los abonados de ese organismo que pudiesen recibir esa retransmisión conectándose al servidor de éste, cuando esos abonados se hallasen en la zona de recepción de esa emisión de televisión terrestre y pudieran recibirla legalmente en un receptor de televisión.

Ante esta cuestión, el Tribunal de Justicia respondió que *“el derecho de autor de la comunicación al público (contenido en el art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE) incluye todo tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, efectuada por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la radiodifusión. Además, del artículo 3, apartado 3, de esa Directiva resulta que la autorización para incluir las obras protegidas en una comunicación al público no agota el derecho de autorizar o prohibir otras comunicaciones de esas obras al público.(...)Dado que la puesta a disposición de las obras a través de la retransmisión por Internet de una emisión de televisión terrestre se realiza por un medio técnico específico que es diferente del medio de la comunicación de origen, debe ser considerada una “comunicación” a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE. Por consiguiente, tal retransmisión no puede estar exceptuada de la autorización que deben conceder los autores de las obras retransmitidas cuando éstas se comunican al público. (...) dicha retransmisión se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica un número considerable de personas. Por consiguiente, procede constatar que, mediante la retransmisión considerada, las obras protegidas se comunican efectivamente a un «público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29”*.

En definitiva, el Tribunal de Justicia concluye que *“el concepto de comunicación al público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, debe interpretarse en el sentido de que comprende una retransmisión de*

las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre realizada por un organismo distinto del emisor original, mediante un flujo de Internet puesto a disposición de los abonados de ese organismo que pueden recibir esa retransmisión conectándose al servidor de éste, y aun cuando esos abonados se hallen en la zona de recepción de esa emisión de televisión terrestre y puedan recibirla legalmente en un receptor de televisión.”

En segundo lugar, el Tribunal inglés planteó al Tribunal de Justicia si influye en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que una retransmisión como la discutida en el asunto principal se financie con la publicidad y tenga así carácter lucrativo, como era el caso, pues *TVCatchup* obtenía beneficios por tales conceptos. En respuesta a dicho interrogante el Tribunal de Justicia señala que *“el carácter lucrativo no es determinante para calificar de «comunicación», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, una retransmisión como la que se discute en el litigio principal”*, y que, por consiguiente, *“no influye en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que una retransmisión como la discutida en el asunto principal se financie con la publicidad y tenga así carácter lucrativo.”*

La tercera pregunta planteada fue la relativa a si influye en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que una retransmisión como la discutida en el asunto principal sea realizada por un organismo que se encuentra en competencia directa con el emisor original. En su contestación el Tribunal de Justicia afirma que *“no se deduce de la Directiva 2001/29 ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que una relación de competencia entre los organismos que realizan transmisiones paralelas de obras protegidas por el derecho de autor, o retransmisiones sucesivas de éstas, sea pertinente para calificar una transmisión de comunicación al público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.”* En consecuencia, *“no influye en la respuesta a la primera cuestión el hecho de que*

*una retransmisión como la discutida en el asunto principal sea realizada por un organismo que se encuentra en competencia directa con el emisor original.*³¹⁸

En conclusión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha determinado finalmente que esta clase de *streaming* debe entenderse como un acto más de los contenidos en el artículo 3.1 de la Directiva comunitaria 2001/29/CE, y que por tanto, ante cualquier actividad realizada a través del llamado *streaming*, estaremos ante actos de puesta a disposición, con las consecuencias legales que ello implica y que ya hemos tenido ocasión de analizar.

4.6 El *e-mailing* y otros modos de puesta a disposición al público

Hasta ahora hemos analizado los modos de puesta a disposición al público más usados comúnmente y que mayores problemas de licitud han suscitado en la doctrina española y en los tribunales de justicia.

No obstante, existen otras prácticas también usadas en el entorno digital, que se han planteado como actos de puesta a disposición al público, si bien por su entidad podemos afirmar que constituyen un problema menor. Por este motivo no nos vamos a detener a analizarlos en profundidad no obstante nos parece oportuno, al menos, hacer una pequeña referencia. Ello justifica que nuestro estudio se va a limitar a referirnos brevemente al *e-mailing* con el fin de que se pueda tener una visión general de otras formas en las que las creaciones

³¹⁸ Sobre esta Sentencia, *Vid.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “El “live streaming” es comunicación pública.” *RDACM*, núm. 2/2013 (Tribuna). Pamplona. 2013.

intelectuales pueden ser comunicadas públicamente a través de la puesta a disposición del público en la Red.

En este sentido, cabe destacar la práctica conocida como *e-mailing*. A rasgos generales, el *e-mailing* no viene a ser otra cosa que el envío de correos electrónicos a través de Internet. En una primera aproximación a este concepto cabría pensar que los correos electrónicos vienen a ser correspondencia privada entre dos personas y, por tanto, claramente no tendría cabida en el derecho de puesta a disposición, ni tampoco en el derecho de comunicación pública. Sin embargo, dicha conclusión podría cuestionarse como analizaremos seguidamente.

Al respecto, las características determinantes para concretar si esta práctica puede suponer un acto de puesta a disposición al público son la concurrencia de los requisitos necesarios para que exista comunicación pública: primero, que dicha divulgación no se realice en un ámbito estrictamente doméstico; segundo, la existencia o no de un público, y por último, la posibilidad de acceso de ese público a los contenidos enviados.

En primer lugar, en relación con el primero de los requisitos enunciados, la cuestión no es fácil de resolver. Así, por ejemplo, ¿el envío por correo electrónico de un archivo de música a compañeros de trabajo supondría un acto realizado en un ámbito estrictamente doméstico? Ya hemos visto que en la doctrina hay autores que consideran el ámbito doméstico exclusivamente el de la vivienda personal (*la domus*), mientras que otro sector lo amplía a un ámbito más amplio de conocidos y allegados. En consecuencia, en primer lugar, se podría discutir si se

trata de un acto de comunicación pública o no del artículo 20.1 del TRLPI por la clase de destinatario al que se envía.³¹⁹

En segundo lugar, habría que plantearse si cuando un archivo es enviado a través de un único correo a un número elevado de destinatarios estamos o no ante un público en base al artículo 20 del TRLPI. Menos problema plantearía la hipótesis de que ese archivo fuera enviado en correos independientes a cada uno de los destinatarios, por cuanto podría encuadrarse como un envío privado de correo electrónico.

Y en tercer y último lugar, en lo que a este estudio interesa, para determinar si el envío de correos electrónicos constituye un acto de puesta a disposición del público sería que los destinatarios de los correos pudieran tener acceso a su contenido en cualquier momento y desde cualquier lugar. Lo cierto es que desde el momento en que el correo es enviado, el contenido queda almacenado en el servidor de correos electrónicos; es decir, en la bandeja de entrada, para que en cualquier momento y desde cualquier lugar el destinatario pueda acceder a él. Aparentemente, la actividad de disposición es la misma que si fuera en una Web, por cuanto el emisor es quien decide en qué momento pone a disposición la obra; la diferencia estaría simplemente en el medio.

³¹⁹ En este sentido, VALUESTA GASTAMIZA, E., op. cit. p. 59-82, expone el ejemplo de cuando alguien envía por correo electrónico un archivo a sus hermanos, considerando que *el problema es si opera la excepción del “ámbito doméstico” a que hemos hecho referencia en esa pregunta. Si bien los hermanos que conviven con ella sí están en el ámbito doméstico (incluso, para la mayoría de la doctrina, los hermanos que no convivan), la excepción del art. 20.1.2 TRLPI exige, además, que la comunicación no se celebre “por un sistema integrado o conectado a una red de difusión”. Quien envía algo por correo electrónico no lo «cuelga» en la red (no lo pone a disposición de cualquiera), pero sí utiliza la red para la comunicación. La cuestión es discutible, si bien por pura lógica parece que este acto no sería ilícito, al realizarse en el ámbito doméstico e impidiendo el acceso al resto de persona.*

En definitiva, dado que esa posibilidad potencial de acceso a una obra por una pluralidad de personas que no formen parte de un ámbito estrictamente doméstico conlleva que se den los requisitos exigidos por el art.20 TRLPI para calificar dicho comportamiento dentro del derecho de comunicación pública, se podría afirmar que el envío de contenidos protegidos por derechos de autor a través de un correo electrónico enviado a un grupo de destinatarios no considerados incluidos en el ámbito doméstico del emisor tendría que encuadrarse en la categoría de acto de puesta a disposición del público.

CAPÍTULO QUINTO

PROTECCIÓN AL MONOPOLIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

1. Algunas consideraciones sobre el monopolio de los derechos de explotación

Concluida la exposición del derecho de comunicación pública, y más concretamente el derecho de puesta a disposición al público de la obra, en el presente apartado vamos a abordar el estudio del conjunto de medidas que el legislador español ha puesto a disposición de los autores y titulares de los derechos de explotación a fin de proteger sus intereses. Concretamente, estudiaremos el procedimiento establecido en la Disposición Final Cuadragésima Tercera de la Ley de Economía Sostenible, de 5 de marzo de 2011, más conocida como *Ley Sinde*. Por último, concluiremos nuestro estudio haciendo mención al Anteproyecto de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y al Proyecto de Reforma del Código Penal. Si bien, no podemos olvidar que no son textos definitivos y que, por tanto, pueden sufrir variaciones importantes durante su tramitación parlamentaria, sí podemos apuntar que su propósito es completar el abanico de medidas de protección a fin de garantizar la defensa de los titulares de los derechos de autor a ese monopolio del autor.

No obstante, con carácter previo vamos a hacer una pequeña referencia a esa situación de monopolio del derecho de autor como objeto directamente amenazado por los nuevos modos de comunicación pública acontecidos por el desarrollo digital y las nuevas tecnologías.

Como ya se apuntó en la introducción de este trabajo, el reconocimiento al autor del monopolio sobre la explotación de la obra se encuentra recogido en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual que regula el Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades. Dicho precepto dispone que *“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.”*

Sin lugar a dudas, el derecho exclusivo que ostenta el creador sobre los derechos patrimoniales y que exige su consentimiento para realizar cualquier acto de explotación comprende también la que se realiza a través de Internet, como sucede con el derecho de puesta a disposición del público.

En este contexto, el derecho garantizado al autor en el art. 17 se ha visto fuertemente amenazado con la aparición y el constante desarrollo del mundo digital; ciertamente aunque su existencia no es necesaria para vulnerar el derecho en exclusiva de explotación del autor, sin duda, lo convierte en algo mucho más sencillo. En el mundo analógico, el autor ha venido controlando el derecho exclusivo que ostenta sobre la explotación de su obra. Las copias ilegales que se realizaban en soportes no destacaban por su calidad, era notoria la diferencia con respecto a la obra original y, por supuesto, no se realizaba de forma masiva. En cambio, gracias a los avances tecnológicos, el sistema de realización de copias se

simplifica, resultando sencillo y rápido, además de permitir la obtención de copias idénticas a la obra original y de igual calidad, hasta tal punto que cualquiera puede hacerlo.³²⁰

Como refleja el artículo 17, los derechos de explotación de una obra son exclusivos del autor que decidirá o no su divulgación y a través de qué modalidad. Normalmente y para facilitar su ejercicio, dicha explotación se realiza a través de uno o varios terceros, que se encargarán de su gestión y sacar la mayor rentabilidad posible a la creación intelectual; éstos deberán contar siempre con la necesaria autorización de su autor, que es el único que tiene potestad y está legitimado para proceder a la cesión de esos derechos de explotación salvo las excepciones que dispone la Ley.³²¹

Como una manifestación de ese derecho exclusivo a decidir sobre la explotación de su obra, el TRLPI regula la cesión *inter vivos* de los derechos³²² patrimoniales estableciendo la posibilidad de efectuar dicha transmisión de derechos en exclusiva o sin ella.³²³ Respecto a la primera modalidad, del tenor literal del precepto se desprende que, dicha cesión en exclusiva debe de hacerse constar expresamente, porque en caso contrario se presumirá que no es en exclusiva, en cuyo supuesto el cesionario no exclusivo queda facultado para

³²⁰ Vid, LACRUZ MANTECÓN, M.L., “Las máquinas de entretener o cómo se hace el Derecho de autor”. En Propiedad Intelectual, Derechos fundamentales y propiedad industrial. Madrid 2005.

³²¹ Vid. ERDONZAIN, J.C., *Derechos de autor...* op. cit. p. 123. Por eso, la atribución del derecho de reproducción, derecho de comunicación al público, derecho de puesta a disposición y derecho de distribución constituye un ámbito de monopolio jurídico.

³²² La regulación de la transmisión de derechos viene contenida en los artículos 42 y siguientes de TRLPI.

³²³ El artículo 48 de la Ley de Propiedad Intelectual regula esta opción, disponiendo que: “La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros.

Así mismo, le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.

Esta cesión constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.”

utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente.³²⁴

Esta práctica de cesión en exclusiva, como señalamos, se efectúa en la mayoría de los casos de transmisión de derechos de explotación. La razón de ser de que habitualmente el autor de la obra intelectual no explote personalmente la obra se debe a que, con frecuencia, no tiene conocimientos suficientes como para explotarla económicamente, existiendo otras personas que son profesionales de la materia y que seguramente vayan a sacarle mayor partido y por tanto mayor rentabilidad económica.

Como medida de protección del autor cabe destacar que la transmisión de los derechos de explotación solo alcanza a los medios de difusión existentes o que fueran conocidos en el momento en que fueran cedidos. Es decir, que si en el momento en que fueron transmitidos los derechos de explotación de una obra no existía Internet, cuando éste surge el titular de esos derechos no tendrá la facultad de poder difundirlo por Internet según el contrato que se hubiera otorgado; en consecuencia, para ello sería necesario otorgar uno nuevo donde cupiera la posibilidad de ejercer esos derechos patrimoniales a través de la Red. Es nula toda cláusula que disponga la cesión de los derechos de explotación en todas las modalidades conocidas y que surjan en un futuro.³²⁵

³²⁴ Vid. Artículo 50 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

³²⁵ Vid. artículo 43 del TRLPI situado en el Título V, Capítulo I que constituye un precepto imperativo aplicable a cualquier derecho de explotación, según el cual: “1. Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos “inter vivos”, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen. 2. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo. 3. Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro. 4. Serán nulas las estipulaciones por las que

Claramente la transmisión de los derechos de explotación dependerá del tipo de obra con la que nos encontremos, así como del uso que se quiera y pueda hacer de los mismos, que trasladándolo al mundo digital tiene una especial trascendencia. No se divulgan igual una canción que un libro a través de Internet, haciendo uso de software diferentes para uno y otro, particularidades que deberán constar en los contratos con los que son cedidos esos derechos. Aunque en estos casos en principio es el autor como titular de los derechos de explotación quien decide o no formalizar un contrato de cesión de uno, varios o todos sus derechos de explotación, en la práctica y en la mayoría de los casos, se tendrá que someter a las condiciones expuestas por quienes explotarán esos derechos que vendrán a ser productoras o editoriales con un contrato de adhesión.

Como se ha apuntado, las conductas que hemos descrito en las páginas anteriores están suponiendo una constante amenaza al monopolio de explotación de los derechos. Sin embargo, la última reforma operada por nuestro legislador tras la Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ha supuesto una ampliación considerable de tutela. Esto es así como consecuencia de la incorporación de las medidas de protección tecnológica referidas a la explotación de las obras o prestación de servicios a través de la Red digital,³²⁶ que han permitido al creador o titular del derecho controlar mejor la creación así como su explotación.³²⁷

el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.5. La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.” Para solucionarlo se emplea el derecho de adquisición preferente que viene a dar la posibilidad de poder adelantarse a otro cesionario en el ejercicio de los derechos de explotación en Internet cuando este hubiera constado en el contrato al momento de su celebración.

³²⁶ Vid. BUGANZA, C., “Las Medidas de Protección Tecnológica y la Información para la Gestión de Derechos.” RDV. 2007.

³²⁷ Con esta amplitud de protección dada a los derechos de autor, aumenta la garantía de protección en cuanto a su facultad para autorizar o impedir la explotación de la obra según su criterio. En la era tecnológica, esta facultad del autor adquiere su mayor importancia práctica, por cuanto que en este nuevo contexto la transmisión en línea de la obra resulta muy sencilla, y se realiza de una forma extremadamente rápida. Precisamente por ser éste el medio en que existe mayor potencial de explotación con posibilidad de mayores

Dichas medidas tecnológicas siguen siendo insuficientes para proteger los derechos patrimoniales. Por ello, junto a ellas el legislador español establece un conjunto de acciones judiciales y administrativas que puede ejercitar todo titular cuyos derechos de explotación considere vulnerados. Al estudio de la tutela de los derechos de autor a través de estos cauces nos dedicaremos a continuación.

2. Tutela de los derechos de Propiedad Intelectual en la vía judicial

El ordenamiento jurídico español dispone actualmente tres cauces de protección de los derechos de autor, que son la vía civil, penal y administrativa. Los siguientes apartados tienen como objetivo analizar las medidas de protección que el legislador ha dispuesto para proteger el monopolio del derecho de autor en cada una de estas vías.

En primer lugar, nos detendremos a estudiar las opciones que el titular de derechos de autor dispone en la vía judicial a fin de proteger sus derechos cuando

beneficios y expansión, resulta necesario, establecer condiciones de utilización de la obra en el momento en el que el autor, en su facultad de decisión, atribuye derechos a un tercero.

En definitiva, con el fin de evitar atentados a este monopolio, el autor deberá en cualquier caso definir la autorización dada a ese tercero que va a explotar la obra, y también, determinar su alcance. Además, como sabemos, existen dispositivos técnicos así como aparatos que vienen a evitar impedir actos que no cuenten con la autorización de los titulares de los derechos, y que por tanto pueden utilizar en su beneficio. (*Vid.* arts. 160 y 161 del TRLPI tras su reforma operada en 2006.) *Vid.* SERRANO GÓMEZ, E., “Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual.” *RDV.2000.* como indica *el autor posee, de esta forma, un verdadero monopolio, que se traduce en la posibilidad de evitar actos de competencia realizados por terceras personas que impidan la obtención por el autor de los beneficios que legítimamente le corresponden, y aquellos otros actos que supongan la puesta a disposición del público de bienes o servicios que tengan por objeto o incorporen la obra intelectual de que se trate.*

los considere vulnerados. De este modo, comprobaremos los diferentes recursos que existen en el ámbito civil y que están recogidos fundamentalmente en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, para, posteriormente continuar con las opciones disponibles en la jurisdicción penal.

En segundo lugar pero en un apartado posterior, prestaremos especial atención a los mecanismos disponibles en la vía administrativa, los cuales han sido objeto de recientes reformas y de un cuestionado procedimiento.

La finalidad de dicho análisis es mostrar el panorama actual de medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual en el marco de las nuevas tecnologías, valorando las dificultades con las que se encuentran en la práctica en un entorno digitalizado y evaluando la eficacia de las mismas.

2.1 Tutela de los derechos de autor en la vía judicial civil

En el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual se contiene un Título dedicado exclusivamente a aquellas acciones y procedimientos para la protección de los derechos reconocidos en esa Ley; concretamente el Título I, del Libro III sobre “La protección de los derechos reconocidos en esta Ley”. Este título se compone de 6 preceptos del 138 al 143, en los que se incluyen cauces judiciales a los que poder acudir en la jurisdicción civil. De este modo, se

establece un elenco de acciones jurídico civiles para tutelar los derechos de propiedad intelectual.³²⁸

En cuanto a las acciones expresamente recogidas en el TRLPI podemos distinguir entre la acción de cesación, la acción de indemnización, las medidas cautelares y la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral.

La acción de cese de la actividad ilícita se contiene en el apartado primero del artículo 139 del TRLPI³²⁹ en el cual, se contemplan distintas modalidades de acciones de cese.

“El cese de la actividad ilícita podrá comprender:

a) La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 160 y 162.

b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.

³²⁸ Vid. artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, según el cual *“El titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.*

Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141.

Tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.”

³²⁹ Redacción según Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.

d) La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.

e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160.

f) El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162.

g) La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquélla no fuera su único uso.

*h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.*³³⁰

No obstante, la letra h) contiene una excepción, “*sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.*” Dicho de otro modo, se impide actuar contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información para que cesen en su actividad. Así se pone de manifiesto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010, según la cual: “*Por último, las sociedades del grupo Telecinco ejercitan una acción de cesación frente a la demandada en su calidad de prestador de servicios de intermediación al amparo de lo preceptuado en los artículos 138 y 139 del TRLPI reformados por las Leyes 19/2006, de 5 de junio y la Ley 23/2006 de 7 de julio.*”

Sostiene la actora que a tenor de la reforma operada en el artículo 138 de la Ley de propiedad intelectual, es perfectamente posible articular una acción contra los intermediarios a prestadores de servicios, aunque los actos de estos intermediarios no constituyan en sí mismo una infracción.

Esta afirmación resulta sólo parcialmente cierta porque ambos preceptos, al contemplar las acciones de cesación, establecen una excepción en su párrafo final al disponer que «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico». Resulta, pues, de una evidencia cegadora, que la excepción configurada mediante la expresión «sin perjuicio» elimina de raíz la posibilidad del ejercicio de la acción frente a los intermediarios de servicios sin, que en este sentido la Ley de propiedad intelectual añada nada a la excepción contemplada en la LSSI.

³³⁰ *Vid.* artículo 139 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

*En conclusión, por los argumentos anteriormente expuestos, la demanda ha de ser desestimada.*³³¹

Por su parte, la acción de indemnización por daños y perjuicios causados al titular del derecho infringido viene contenida en el artículo 140 del TRLPI,³³² y comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia dejada de percibir como causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

En cualquier caso, la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios se fija a elección del perjudicado conforme a alguno de los siguientes criterios, según el apartado segundo del artículo 140 del TRLPI:

“a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

³³¹ Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010, núm. 289/2010. En este caso, la parte actora, integrada por dos sociedades del grupo Telecinco, ejercita diversas acciones por supuesta infracción de los derechos de propiedad intelectual contra la entidad Youtube LLC, por entender que la difusión a través del Sitio Web de la demandada de diversas grabaciones audiovisuales sobre las que ostenta titularidad la actora supone una violación de los derechos de propiedad intelectual de Telecinco, lo que le ha ocasionado ingentes daños y perjuicios.

³³² *Vid.* artículo 140 del Real Decreto Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.”

El plazo de prescripción para ejercitar dicha acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios es de 5 años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

Con respecto a la acción de indemnización dispuesta para el demandante, el Tribunal Supremo ha manifestado que *“la remuneración-como la otra opción de lucro cesante-, se funda en el acto ilícito que ha causado al daño al derecho de autor y tiene por función el atribuir al titular de éste los beneficios que ha obtenido el infractor y, al tiempo, evitar el enriquecimiento de éste que se aprovecha del bien ajeno sin autorización y sin contraprestación- La acción de resarcimiento es la reclamación de cantidad que se debe basar en los usos del comercio, normales o razonables en el ramo artístico en que se ha producido la infracción; se produce una inevitable mezcla de criterios objetivos y subjetivos, que no permiten que su cuantía sea fijada con un criterio puramente aritmético, sino que se debe basar en criterios de razonabilidad.”*³³³

De acuerdo con lo previsto en el artículo 138 del TRLPI,³³⁴ también se podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral que hubiera sido dictada en los procedimientos anteriores en los medios de comunicación a consta del infractor. Dicha medida aparece igualmente contemplada como una recomendación en el Considerando 27 de la Directiva 2004/4/CE, según la cual en ciertos casos es conveniente publicar las sentencias

³³³ Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002.

³³⁴ Vid. ut supra nota 328.

o decisiones judiciales con el objetivo de disuadir a los futuros infractores y concienciar a la sociedad del problema que supone dichas conductas.

Por otro lado, el legislador previó el establecimiento de medidas cautelares para quienes vieran infringidos sus derechos de autor y requirieran de una actuación urgente. En realidad, estas medidas pueden ser adoptadas en caso de infracción cometida o cuanto exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente. Así pues, se trata de medidas disponibles para aquellos casos en los que se considere necesario una protección inmediata ante la situación de peligro de los derechos de propiedad intelectual.

El TRLPI en su artículo 141³³⁵ dispone alguna de las medidas que, de forma urgente puede decretar la autoridad judicial a instancias del interesado que son:

“1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.

2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica.

3. El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.

4. El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c) y 160.2 y de los utilizados para la supresión o

³³⁵ Vid. artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2.

5. El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el artículo 25, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

6. La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.”

En cuanto a estas acciones, en la práctica suelen interponerse todas a la vez, resultando compatibles y complementarias en la mayor parte de los supuestos. Así sucede por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 13 de octubre de 2010, en la cual fueron interpuestas acciones destinadas a que la demandada cesara en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual con suspensión de la actividad de comunicación pública de la obra audiovisual "*Programa Piloto El Camino Inglés*" que tenía lugar a través de la página Web alojada en el dominio *www.corunahostelera.com* así como a que indemnizara a la parte demandante por daños patrimoniales y por daños morales con publicación de la sentencia en prensa y en la revista especializada, con fundamento en que la actora consideraba que la demandada había realizado ilícitamente actos de comunicación pública de la obra "*Programa Piloto El Camino Inglés*" a través de la página Web alojada en el aquel dominio e invocaba en la fundamentación jurídica de su demanda, entre otros, los artículos 138, 139 y 140 del TRLPI. Al respecto, la Audiencia confirmó la estimación de la cesación de la actividad declarada ya por el Juzgado en primera instancia, estimó también la indemnización al demandante en la cantidad que entendía sería la que le correspondería exigir de haber autorizado la explotación de la obra audiovisual; y por último, en cuanto a la petición de publicación o difusión de la resolución,

declaró que: *"el art. 138.1 TRLPI dispone que "El titular de los derechos reconocidos en esta Ley ... también podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor" (...) en dicha pretensión no se alegan siquiera las razones de la necesidad de dicha publicación, a lo que podemos añadir, que se trata de una acción independiente, que, en el caso que nos ocupa, carece de justificación, máxime teniendo en cuenta que los objetivos que la acción pretende son la reparación y el cese de la infracción, por lo que procede desestimar el motivo impugnatorio al faltar los requisitos para una publicación como la que se pide."*³³⁶

Además de las acciones que se contienen en el TRLPI que hemos expuesto, no podemos obviar la protección de los derechos de autor que también se dispone en el ámbito civil a través de otras acciones contenidas en el Código Civil, como se reconoce en el artículo 138 del TRLPI,³³⁷ estas acciones son:³³⁸ la acción reivindicatoria³³⁹ y declarativa de dominio;³⁴⁰ la acción aquiliana del artículo 1902 del CC;³⁴¹ acciones derivadas de los contratos efectuados; interdictos;³⁴²

³³⁶ Audiencia Provincial de A Coruña, (Sección 4ª) de 13 de octubre de 2010, núm. 447/2010.

³³⁷ *Vid. ut supra* nota 328.

³³⁸ *Vid.* DE NOVA LABIÁN, A.J., *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital...* op. cit. p 65.

³³⁹ La acción reivindicatoria se contempla en el art. 348, 2 CC: *"El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla"*. Podemos definirla como aquella acción que compete al propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, es decir, es una acción del propietario contra quien detenta la cosa sin título. Respecto de sus efectos, se condena al demandado ordenando la restitución de la cosa.

³⁴⁰ La acción declarativa del dominio no aparece en el Código Civil, sin embargo, es admitida por la jurisprudencia y tiene como única finalidad que se declare el dominio del actor frente al demandado, haciendo cesar cualquier tipo de perturbación (STS 24 marzo 1992). Esta acción exige que el actor pruebe el dominio y la identificación de la cosa, pero no que el demandado se encuentre en posesión de la cosa, pues basta la perturbación o negación del derecho del actor (STS 12 junio 1976).

³⁴¹ El artículo 1902 del CC dispone que *"el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado."* La obligación es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. La responsabilidad cesa cuando se pruebe que se empleó la adecuada diligencia para prevenir el daño. Si hubiera varios responsables, de no acreditarse la culpa exclusiva de uno, la responsabilidad es solidaria.

³⁴² Por interdicto se conocen las acciones judiciales entabladas para proteger la posesión de bienes.

acción de enriquecimiento injusto;³⁴³ acción civil derivada del delito; acción declarativa;³⁴⁴ acción de jactancia;³⁴⁵ y las tercerías de dominio.³⁴⁶

A pesar de este elenco de mecanismos para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en la vía judicial civil, su práctica en el entorno digital resulta muy limitada. La operatividad de estas acciones para frenar la práctica de intercambio de archivos a través de plataformas *P2P*, o frenar la práctica de la puesta a disposición de contenidos protegidos por derechos de autor para su descarga o visualización a través de páginas de enlaces resulta infructuosa.

La razón reside en la dificultad de identificación del responsable de la infracción, que como sabemos resulta imprescindible para iniciar la acción. A ello se suma la imposibilidad de actuar en ciertos casos, como ocurre con la acción directa de cesación contra el prestador de servicios de información tal y como hemos tenido ocasión de comprobar.

Como analizaremos al final de este estudio, el legislador español continúa en su empeño de adaptar la legislación al contexto social actual especialmente

³⁴³ Por enriquecimiento injusto se entiende el pago o desplazamiento patrimonial efectuado por una persona sin estar obligada a ello jurídicamente. Ante el principio general de que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin causa que lo justifique, se otorga esta acción restitutoria contra el enriquecido injustamente, para poder restablecer el desequilibrio patrimonial.

³⁴⁴ La acción declarativa es la que se dirige exclusivamente a la obtención de una declaración jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de un determinado derecho o de una concreta relación o situación jurídica que está siendo discutida o amenaza con serlo. Se persigue alcanzar la seguridad jurídica, dotando a esos derechos o relaciones de la eficacia inherente a la declaración jurisdiccional.

³⁴⁵ Las acciones de jactancia son aquellas que tienen como característica la de poder obligar a quien por actos, palabras o mero silencio pone en duda la existencia del derecho ajeno, a ejercitar en un plazo determinado aquellas acciones de que se crea asistido o, de no hacerlo, a “mantener perpetuo silencio”, como así establece la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 24 de junio de 1964.

³⁴⁶ Las tercerías de dominio supone la intervención de un tercero en un procedimiento ejecutivo cuando éste se opone al embargo de los bienes por ser él el propietario de los mismos y no el deudor ejecutado.

caracterizado por tratarse de un entorno digitalizado que facilita la elusión de las normas que protegen los derechos de autor. En tal sentido, recientemente se ha aprobado un Anteproyecto de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual que será objeto de análisis posteriormente. Sin embargo, sorprendentemente el legislador parece considerar suficientes los mecanismos de protección judiciales en la vía civil de modo que el citado Anteproyecto de Reforma no prevé la modificación de los artículos 138 a 143 del TRLPI que regulan la acciones ya analizadas manteniendo las ya existentes sin efectuar cambios.³⁴⁷

2.2 Tutela de los derechos de autor en la vía judicial penal

La calificación de una conducta simultáneamente como un ilícito civil y penal generalmente provoca que la vía penal quede reservada para aquellas conductas que revisten de especial gravedad. El propio Tribunal Supremo³⁴⁸ señala que *“la atracción a la órbita penal, más allá de los remedios de la jurisdicción civil y la intervención de la autoridad gubernativa, queda reservada para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva...Desde luego, lo que no se puede es criminalizar todas y cada una de las infracciones del derecho de autor, pues tal extensión constituiría un desorbitado proteccionismo penal, a todas luces excesivo”*.

³⁴⁷ Los artículos referidos a la protección de medidas tecnológicas contenidos en los artículos 160 a 162 tampoco se modifican de forma significativa. Sólo se modifica la letra c) del apartado 1 del artículo 161, con la siguiente redacción: *“c) Límite relativo a la cita e ilustración con fines educativos o de investigación científica en los términos previstos en el artículo 32.2, 3 y 4.”* Vid. *ut supra* nota 217.

³⁴⁸ STS de 4 de junio de 1992.

Así pues, para nuestro Tribunal Supremo y para algún sector de la doctrina,³⁴⁹ el ordenamiento civil y el penal suponen vías complementarias de protección. De esta forma, la existencia de una amplia tutela civil de los derechos de propiedad intelectual, conllevaría a que la vía penal cumpliera con los principios de subsidiariedad e intervención mínima claves en Derecho Penal.

No obstante, quizás debido a la ineficacia que en la práctica están teniendo el conjunto de acciones que los titulares de los derechos de explotación pueden ejercitar en la vía civil, por las razones ya expuestas, el legislador ha querido reforzar la protección penal de estos derechos a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Esta reforma supuso transformar los delitos contra la propiedad intelectual en delitos públicos, lo que supone que el procedimiento pueda ser iniciado de oficio.³⁵⁰

Nuestro Código Penal, en su Sección Primera del Capítulo XI del Título XIII, relativo a los “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico” regula las responsabilidades penales que por infracción de los derechos de propiedad intelectual se puedan cometer. Concretamente viene regulado en sus artículos 270 a 272 del Código Penal.³⁵¹

³⁴⁹ En el mismo sentido, *vid.* MORALES PRATS, F., “La investigación del ciberdelito (II)”, *APD*, núm. 102, Madrid, 2006.

³⁵⁰ Al respecto, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo, se contenía que “*La perseguibilidad de oficio refuerza aún más la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas típicas y en el impulso de la tramitación del procedimiento. Los Sres. Y Sras. Fiscales deberán observar, por tanto, en esta clase de delitos, como en todos los delitos públicos, una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que sirvan para acreditarlos hechos delictivos, procurando no caer en la peligrosa inercia de dejar la incorporación exclusiva de las pruebas a las partes implicadas en el proceso...*”

³⁵¹ *Vid.* artículos 270, 271 y 272 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El artículo 270 dispone que “*1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*”

Al respecto, cabe mencionar la última modificación aprobada en diciembre de 2010 que ha afectado a estos artículos en el sentido de suponer un agravamiento de las penas y una mayor precisión a la hora de definir las conductas vulneradoras de estos derechos.

Respecto al bien jurídico protegido en estos delitos, nos encontramos ante una cuestión controvertida en la cual existen diferentes opiniones doctrinales. Así, existe la corriente personalista según la cual el bien jurídico protegido son los derechos morales de autor reconocidos por la Ley de Propiedad Intelectual; una corriente patrimonialista, que defiende que son los derechos de explotación sobre

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.”

El artículo 271 dispone que “*Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
- c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.*
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.”*

Por su parte, el artículo 272 dispone lo siguiente, “*1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.*

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.”

la obra reconocidos por el artículo 17 del TRLPI y, por último, la corriente mixta según la cual son tanto los derechos morales como de explotación.

Al respecto, siguiendo las consideraciones de la doctrina mayoritaria³⁵² el criterio que debe seguirse es el de la corriente patrimonialista; es decir, que el bien jurídico protegido serán los derechos de explotación sobre la obra, en la medida que el daño que se produce recae siempre en el ámbito patrimonial, atentando a los derechos de explotación y no a los derechos morales.

En lo relativo al delito contemplado en el artículo 270 del Código Penal tratándose de un delito común cualquier persona puede ser sujeto activo, pudiendo ser incluso el propio creador de la obra, como lo ha declarado nuestra jurisprudencia menor según la cual *“Sentado lo anterior, debemos plantearnos la cuestión teórica de si el autor intelectual de una creación original puede, pese a ostentar la condición de titular originario de los derechos de autor sobre tal creación (según establecen los artículos 1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual), ser sujeto activo del delito descrito en el artículo 270 del Código Penal. (...) nada impide que el autor intelectual de una obra pueda cometer el delito del artículo 270 del Código Penal por la reproducción, plagio o copia no autorizada de la obra por él creada, cuando tal conducta se haga sin la autorización de los cesionarios de los derechos de explotación exclusiva o de los titulares de algún otro derecho de la propiedad intelectual derivado de dicha obra.”*³⁵³

³⁵² Vid. DE NOVA LABIÁN, A.J., *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital...* op. cit. p.80.

³⁵³ Vid. Auto de la Audiencia Provincial (Sección 5ª) de Barcelona 143/2005, de fecha 14 febrero de 2005, en este caso, el Juzgado de Instrucción núm. 21 de los de Barcelona por auto de fecha 2 de mayo de 2002 incoó las Diligencias Previas núm. 1.580/2002 en méritos de la querella interpuesta por la entidad Servicios Informáticos Mecanizaciones, SA contra don Bruno en relación a unos hechos que esta parte querellante subsumió provisionalmente en los delitos de apropiación indebida, contra la propiedad intelectual y relativo al mercado y a los consumidores respectivamente descritos en los artículos 252, 270, 278 y 279 del Código Penal, quien tras colaborar en la creación de un programa informático cuya ilícita apropiación y copia fraudulenta le fueron imputadas.

Por su parte, en cuanto al sujeto pasivo es posible distinguir dos situaciones: que los derechos de autor permanezcan en poder del autor al no haber efectuado un acto de cesión; en este caso el sujeto pasivo lógicamente sería el propio autor; o bien que el autor celebre con un tercero un contrato en virtud del cual cede la explotación de los derechos; ello conllevaría que ese tercero sería el sujeto pasivo de las conductas que atenten contra los derechos cedidos; en tal hipótesis, como hemos visto, el sujeto activo puede ser cualquier tercero, incluido el creador de la obra.

El tipo penal exige dos requisitos para considerar que se ha cometido el hecho delictivo: el ánimo de lucro y, el perjuicio a terceros; en este sentido nuestra jurisprudencia se ha pronunciado exigiendo un perjuicio a terceros efectivo y además que el lucro sea económico y relevante: *“La tesis seguida por esta Audiencia no podría revalidarse, a la luz de la interpretación conjunta del precepto en su versión vigente a esta fecha, tras la entrada en vigor de la reforma del código penal, y ya no solo sistemática con el art. 271 del C. Penal, pues el párrafo segundo introducido mediante dicha reforma el precepto, realiza una alusión específica al beneficio económico para conformar el tipo atenuado o el tipo de falta, lo que revalida que el tipo exige que el lucro tenga contenido patrimonial.*

A mayor abundamiento y teniendo en cuenta la norma más favorable, dada la entrada en vigor de la reforma operada, no concretándose beneficio alguno la conducta sólo podría ser típica como falta, pues no concurre ni ha sido objeto de acusación, circunstancia alguna del Art. 271 del C. Penal. Y tal como viene redactado el precepto, califica de falta, e impone la pena correspondiente, a los que realicen los hechos previstos en el párrafo segundo del Art. 270 del código penal, lo cual remite a la distribuciones al por menor, o no relevantes (aquí ha sido la difusión de tres ejemplares en unas Web de foros) y de reducido beneficio económico, lo cual ahonda en la interpretación de que la distribución implica la

*puesta a disposición de los ejemplares por lucro, quedando atípicas las distribuciones gratuitas.*³⁵⁴

No obstante, es preciso señalar que la interpretación dada a la delimitación del ánimo de lucro no ha estado exenta de polémicas como hemos apuntado en apartados anteriores. En tal sentido, la jurisdicción penal ha formulado un concepto que no coincide con la noción tradicional utilizada por el Tribunal Supremo en los delitos patrimoniales en los que se considera lucro cualquier beneficio obtenido, incluyéndose incluso el ahorro económico que hubiese recaído. Efectivamente, la última reforma operada ha resuelto las dudas existentes hasta entonces relativas al contenido del ánimo de lucro, concluyéndose finalmente que debe identificarse como un lucro comercial, entendido como intención de obtener el beneficio monetario o económico propio de la actividad comercial.³⁵⁵ Visto lo anterior, no se incluyen en el tipo penal las distribuciones gratuitas y, con el mismo argumento, resultaría atípico el acto de realizar copias de una obra para uso privado.

Concretamente, las conductas que penalmente son castigadas según el artículo 270 del Código Penal³⁵⁶ son la de reproducción,³⁵⁷ plagio,³⁵⁸ distribución³⁵⁹

³⁵⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 156/2011, de fecha 4 enero de 2011.

³⁵⁵ Esta es la línea que se ha seguido por los tribunales tras la citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 5 de mayo. Así por ejemplo se pronunció la Audiencia Provincial de Cantabria en una Sentencia anterior a la reforma de 2010, nº 40/2008, de 18 de febrero 2008, en la cual se absolvió al acusado pues “...*el acusado no actuaba con intención de obtener un beneficio comercial, no cobraba dinero ni se enriquecía económicamente más allá de lo que suponía el ahorro personal gracias al intercambio de los discos, películas y juegos.*”

³⁵⁶ Los apartados segundo y tercero del artículo 270 están destinados en realidad al entorno analógico, motivo por el cual poca operatividad tienen para las infracciones cometidas en el mundo digital. En cuanto al apartado tercero, hemos de ponerlo en relación con lo dispuesto en los artículos 102 c) y 160.2 del TRLPI donde se exige que el instrumento que sirva para la supresión o neutralización no autorizada de un dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador sea el único uso y fin, es decir, que esté creado expresamente para ello, con lo cual no será actos ilícitos aquellos que a pesar de crear medios que además de otras tenga como función facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de estas formas de protección no siendo la finalidad principal.

³⁵⁷ Reproducir dolosamente según lo dispuesto en el TRLPI con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero podrá ser castigado por el Código Penal en base al artículo 270 del mismo. El acto de reproducir es una

y comunicación pública, para los cuales la jurisprudencia recurre a las interpretaciones realizadas en derecho privado sobre tales conceptos y en concreto de la que se extrae del TRLPI. Además se requiere que estas conductas se lleven a cabo con dolo, existiendo varias corrientes doctrinales que abogan por distintas clases de dolo (directo, indirecto o eventual).³⁶⁰ Según la jurisprudencia dictada por el Alto Tribunal, cuando nos referimos a conductas que atentan contra los derechos de propiedad intelectual, para que puedan ser condenadas penalmente debe de existir una conducta con dolo directo, pues difícilmente se atacarán los derechos de propiedad intelectual de forma indirecta o eventual. Al respecto, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1992³⁶¹ dispone que: “no cabe duda de que el elemento subjetivo

práctica habitual en el entorno digital, pero lo cierto es que en la práctica es el derecho de comunicación pública el perseguido penalmente en el entorno digital.

³⁵⁸ Vid. BALBUENA, P.V., “El plagio como ilícito penal”, En *Revista Electrónica venanalegal.com*. La diferencia del plagio con las anteriores conductas es que no aparece definida en el TRLPI, y por tal motivo han aparecido diferentes corrientes y pronunciamientos por la jurisprudencia, el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de diciembre de 2008 ha señalado que “Ante todo, hay que destacar que el concepto de plagio es un concepto jurídico que puede ser objeto de la casación (así, sentencia de 7 de junio de 1995 (RJ 1998, 4628) y que la jurisprudencia ha mantenido reiteradamente su concepto, evitando así ampliaciones inaceptables. El sentido general de plagio se centra en la copia sustancial, como actividad material mecanizada y poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad (sentencia de 28 de enero de 1998 (RJ 1995, 387), 17 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7468) y 23 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2005)) y no constituye plagio cuando son dos obras distintas y diferenciables aunque tengan puntos comunes de exposición (sentencia de 20 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1329) y no se da un pleno calco y copia (sentencia de 28 de enero de 1995) aunque tengan “múltiples e innegables coincidencias” (sentencia de 7 de junio de 1995 (RJ 1995, 4628) que se refieran, no a coincidencias estructurales básicas y fundamentales, sino “accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales” (sentencia de 28 de enero de 1995 y 23 de marzo de 1999))”

Doctrinalmente no hay unanimidad, realizándose críticas a la inexistencia de un concepto jurídico de plagio definido. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina permiten concluir en una definición de plagio entendida como en la usurpación o atribución ilegítima de la autoría sobre una creación artística o científica ajena, ya sea total o parcial, literal o en escena.

Ninguna particularidad especial tiene la conducta de plagio en Internet. Lo que es cierto que resulta muy fácil y la red pone en bandeja que terceros hagan como suyas las creaciones realizadas por su autor, pero que como ya hemos visto nuestro Código Penal lo prevé acertadamente.

³⁵⁹ Vid. Artículo 19 TRLPI. Según la definición dada por el TRLPI se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Ya comentamos anteriormente la diferenciación existente entre distribución y comunicación pública, siendo requisito imprescindible para el ejercicio del derecho soporte tangible de la puesta a disposición de la obra. Con lo cual, no es de aplicación en las transmisiones llevadas a cabo a través de Internet.

³⁶⁰ Vid. DE NOVA LABIÁN, A.J., *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital...* op. cit. p.88. Para DE NOVA LABIAN, debe entenderse por dolo directo cuando la conducta delictiva ha sido tenida en cuenta y motiva al sujeto a actuar teniendo en consideración el fin ilícito; el dolo indirecto no es tenido como un fin en sí mismo, pero es un medio para cometer el hecho principal; y el dolo eventual surge como una posibilidad de ocurrencia no necesaria.

³⁶¹ STS (Sala de lo Penal), sentencia núm. 1960/1992 de 26 septiembre.

del dolo es imprescindible en este tipo de delitos defraudatorios de la propiedad intelectual, de ahí que como ha dicho esta Sala en diversas Sentencias (por ejemplo) [entre otras, las de 27-4-1979, 30-5-1989 y 26-3-1990 no quepa su comisión por simple negligencia, pues no en balde la literalidad del precepto, al emplear el adverbio intencionadamente, así lo determina. Siendo ello así, lo que no es cierto es que de los hechos declarados probados, a los que necesariamente nos hemos de atener dada la vía casacional empleada, no se deduzca (según se pretende) la existencia de ese dolo específico que la norma requiere.”

Sin duda, el derecho de comunicación pública es el más vulnerable en el entorno digital. En este contexto, Internet juega un papel importantísimo en la difusión de la obra, siendo el medio ideal por el cual se cometen este tipo de infracciones. Por ello y como hemos visto a lo largo de este trabajo uno de los objetivos de la reforma del 2006 fue regular como un acto de comunicación pública el derecho de puesta a disposición del público de la obra. Ello ha motivado que los tribunales de justicia hayan dictado resoluciones judiciales muy destacables relativas a este derecho.³⁶²

No obstante a pesar del avance que ha supuesto la configuración de este nuevo derecho a la hora de perseguir las conductas que se producen en el entorno digital como sucede con las *P2P* o en las Webs de enlaces protegidos, el principal problema que se plantea en la práctica en el ámbito penal es la identificación del ánimo de lucro con el lucro comercial. Ello ha traído consigo que las infracciones más frecuentes que se comenten utilizando Internet no puedan ser perseguibles penalmente debido a la ausencia del ánimo de lucro comercial.

³⁶² Así por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2013, Sala Cuarta, 2003/73. Asunto C-607/11; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia núm. 83/2011 de 24 febrero, F.2. AC 2011\86.; Auto nº 582/2008, AP Madrid, Sección 2ª, de 11 septiembre 2008; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de enero de 2008.

Así sucede, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid,³⁶³ que enjuiciaba un posible delito penal por comunicar públicamente en una Web de enlaces una obra sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos. El caso fue finalmente sobreseído debido a la ausencia de ánimo de lucro en la página Web desde la cual se enlazaba a otras direcciones para llevar a cabo la descarga de archivos argumentando que *“El legislador, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlace de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulneren los derechos de propiedad intelectual. El principio de subsidiariedad del derecho penal es un argumento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada.*

El ordenamiento jurídico ha arbitrado un procedimiento específico para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a la actividad de los proveedores de servicios, procedimiento que debe utilizarse antes de acudir a la jurisdicción penal.”

Evidentemente el citado auto se refiere a la Ley de Economía Sostenible que se publicó pocos días antes de que fuera dictada la Sentencia. No obstante, adelantamos que con el fin de solucionar estos problemas el legislador ya ha iniciado la reforma de estos preceptos del Código Penal con el fin de tipificar estas prácticas con el propósito de otorgar mayor protección a los titulares de los derechos de explotación frente a estas conductas que hoy son tan habituales. Así, recientemente se ha publicado un Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,³⁶⁴ sobre el que haremos un breve análisis en apartados posteriores sin profundizar en el estudio de los tipos penales por cuanto excedería el ámbito de este trabajo.

³⁶³ Auto núm. 179/2011 de 15 de marzo de la Audiencia Provincial de Madrid.

³⁶⁴ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 4 de octubre de 2013 en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Núm. 66-1.

3. Disposición Final Cuadragésima Tercera de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, de 4 de marzo

3.1 Introducción

Una de las últimas y más destacables reformas adoptadas por el legislador español con el fin de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, fue la modificación del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, relativa a la “*Comisión de Propiedad Intelectual*”.

Esta reforma surgió como consecuencia de la Disposición Final Cuadragésima Tercera contenida en la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo de 2011, cuyo objeto era “*introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible.*”³⁶⁵ De este modo, esta Ley no sólo introdujo modificaciones en materia de propiedad intelectual, sino en todas aquellas que estuvieran ligadas al desarrollo económico, social y ambiental.

En lo que respecta a los derechos de autor, esta Ley, más conocida como *Ley Sinde*, crea una Sección Segunda dentro de la Comisión de Propiedad Intelectual facultada para ordenar la retirada de contenidos en Internet y la interrupción de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos

³⁶⁵ Vid. Artículo 1 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, de 4 de marzo.

de propiedad intelectual a través de un procedimiento administrativo.³⁶⁶ Con este cambio el legislador tenía como finalidad perseguir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información como autores de la violación de los derechos de explotación, dejando al margen a los usuarios de estos servicios interactivos.

Para ello fue necesaria la modificación de varios textos normativos que regulan la materia, como fueron la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, el Real Decreto Legislativo 1/1996 que regula el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. Asimismo, fue necesario aprobar un Reglamento que regulara el funcionamiento de esa Comisión de Propiedad Intelectual, el cual fue aprobado por Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre.

Con carácter previo a dicha reforma, la protección de la propiedad intelectual había estado atribuida en lo sustancial y de forma exclusiva a los jueces y tribunales, concretamente a la jurisdicción civil y penal. No obstante, la experiencia había demostrado las insuficiencias de estas vías, motivo que *explica el nacimiento de una “tercera vía” de tutela*,³⁶⁷ caracterizada porque su aplicación

³⁶⁶ La Comisión de Propiedad Intelectual, ya estaba creada anteriormente pero con una sola Sección Primera, la cual venía ejerciendo las funciones de mediación y arbitraje. No obstante, tras la reforma y más concretamente tras la aprobación del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, reguladora del funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, se amplía su alcance. En el caso de la mediación se extendieron sus competencias a todas las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, mientras que en el del arbitraje se amplió a los conflictos entre distintas entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, y entre éstas y las entidades de radiodifusión.

Esta Sección está formada por tres miembros nombrados por el ministro de Educación, Cultura y Deporte, a propuesta de los Subsecretarios de los Ministerios de Justicia, Educación, Cultura y Deporte, y Economía y Competitividad, por un período de tres años renovable por una sola vez. Son expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual, que actúan conforme a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y ese Real Decreto.

³⁶⁷ Vid. RODRIGUEZ PORTUGUES, M., *La tutela Administrativa de la Propiedad Intelectual en la Sociedad de la Información*. Madrid. 2013. p.13.

corresponde a la Administración Pública y no al Poder Judicial como se venía realizando.

Concretamente, la reforma supone una reestructuración de la ya existente Comisión de Propiedad Intelectual, a la que se le había encomendado una función mediadora y arbitral. Tras la reforma, se añade esta nueva potestad administrativa a través de la creación de una Sección Segunda, en virtud de la cual se le autoriza para interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información, o incluso retirar de éste los contenidos que vulneren los derechos de propiedad intelectual.

A continuación abordaremos las principales modificaciones introducidas, así como el modo en que se puso en práctica esta reforma a través de su Reglamento. Además expondremos el procedimiento a través del cual la Comisión de Propiedad Intelectual persigue las infracciones de derechos de propiedad intelectual y analizaremos la interpretación que nuestros Tribunales han dado a esta *Ley Sinde*; finalmente, terminaremos esta exposición realizando un balance de la eficacia y resultados obtenidos desde que fuera dictada esta Ley.

3.2. Las reformas de la *Ley Sinde*

Como ya hemos señalado, como consecuencia de la publicación de la Disposición Final Cuadragésima Tercera de la Ley de Economía Sostenible, tres textos normativos sufrieron modificaciones sustanciales con el fin de sancionar la puesta a disposición incontrolada de contenidos protegidos por derechos de autor;

y como complemento de dicho texto normativo fue aprobado un Reglamento sobre el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

En primer lugar, fue modificada la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. La reforma consistió en añadir una nueva letra e) en el apartado 1 del artículo 8 de la LSSICE del siguiente tenor: *“1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes: (...) e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.”*

Igualmente, se añade a dicho precepto un nuevo apartado segundo en el artículo 8 de LSSICE, que dispone: *“2. Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación.”*³⁶⁸

³⁶⁸ Los restantes apartados del artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de *“Restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitario”* establecen: *“(…) Los principios a que alude este apartado son los siguientes:*

En segundo lugar, se modifica el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, añadiendo una nueva Sección a la Comisión de Propiedad Intelectual.

a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y

d) La protección de la juventud y de la infancia.

(...)

En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.

(...)

3. La adopción de restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información provenientes de prestadores establecidos en un Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto a España deberá seguir el procedimiento de cooperación intracomunitario descrito en el siguiente apartado de este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal y de cooperación judicial.

4. Cuando un órgano competente acuerde, en ejercicio de las competencias que tenga legalmente atribuidas, y de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, establecer restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, dicho órgano deberá seguir el siguiente procedimiento:

a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.

b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo con la mayor brevedad y, en cualquier caso, como máximo, en el plazo de quince días desde su adopción. Así mismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.

Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas.

5. Los órganos competentes de otros Estados Miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo podrán requerir la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 11 de esta ley si lo estiman necesario para garantizar la eficacia de las medidas de restricción que adopten al amparo del apartado anterior.

6. Las medidas de restricción que se adopten al amparo de este artículo deberán, en todo caso, cumplir las garantías y los requisitos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 11 de esta ley.”

Esta es la reforma más importante introducida por la *Ley Sinde*. Con ella se crea la Sección Segunda cuya finalidad es la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual persiguiendo a aquellos prestadores de servicios de la información que vulneren los derechos de autor a través de un procedimiento determinado. La legalidad de esta Sección así como las funciones que se le atribuyen han sido desde el primer momento cuestionadas por cuanto se trata de un organismo administrativo al que se le capacita para determinar si se produce o no una vulneración de la propiedad intelectual sin previa resolución judicial.

Este procedimiento, se caracteriza, en primer lugar, por exigir la presentación de una denuncia a instancia de parte por la posible infracción de derechos de autor ante ese órgano;³⁶⁹ y, en segundo lugar, porque tanto para identificar al prestador de servicios como supuesto vulnerador de derechos de propiedad intelectual, como para que sean autorizadas las sanciones que la Sección Segunda proponga entre las que se encuentra el cierre de las páginas Web, se debe de solicitar previamente autorización judicial, siendo competente el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo que tendrá sólo 24 horas para poder valorar y resolver.

Tras la reforma, el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, quedó redactado en lo que a las funciones de la sección Segunda interesan, del siguiente tenor literal: *“1. Se crea en el Ministerio de Cultura la Comisión de Propiedad Intelectual, como órgano colegiado de ámbito nacional, para el ejercicio de las funciones de (...) salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuye la presente Ley.*

³⁶⁹ Aunque como veremos más adelante se trata de una solicitud iniciándose el procedimiento por la propia Administración a instancia de parte cuando ésta tenga conocimiento de la infracción que denuncia el interesado.

2. La Comisión actuará por medio de dos Secciones.

(...)

La Sección Segunda velará, en el ámbito de las competencias del Ministerio de Cultura, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

(...)

4. Corresponde a la Sección Segunda, que actuará conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad, el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.

La Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo caso, la ejecución de la medida

ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes.

La Sección, bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que éste delegue, se compondrá de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia.

Reglamentariamente se determinará el funcionamiento de la Sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. El procedimiento para el restablecimiento de la legalidad, que se iniciará siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideran vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio y en el que serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, estará basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido tendrá efectos desestimatorios de la solicitud. Las resoluciones dictadas por la Comisión en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa.”

Esta reforma vino acompañada desde su tramitación por una intensa polémica social jurídica y política,³⁷⁰ motivada porque su funcionamiento supone que un órgano administrativo juzgue preliminarmente cuestiones materiales relativas a intereses de los particulares que, de otra forma, le serían vedadas. Además, la labor jurisdiccional se realiza desde la instancia contencioso

³⁷⁰ “La Ley Sinde.” *RDACM*, núm. 1/2011 (Tribuna). Pamplona. 2011.

administrativa, lo cual ha sido discutido por la materia de la que se trata, esto es, derechos de propiedad intelectual.³⁷¹

También en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se introduce una disposición adicional quinta, con la siguiente redacción: *“El Ministerio de Cultura, en el ámbito de sus competencias, velará por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.”*

En tercer lugar, se modifica el artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa numerando su texto actual como apartado 1 y añadiendo un apartado 2, con el contenido siguiente: *“2. Corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 así como autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico.”*³⁷²

³⁷¹ DURÁN RIVACOBÁ, R., “La protección de la Propiedad Intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico (a propósito de la Ley Sinde)”, en *RACD*, núm. 2, 2011.

³⁷² El artículo 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa quedó redactado de la siguiente forma: *“1. Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto:*

a) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar.

b) En única o primera instancia contra los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en los supuestos previstos en el apartado 2.b) del artículo 8.

Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 80, quedando del siguiente modo: “d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis.”³⁷³

Igualmente, se introduce un nuevo artículo 122 bis en la Ley 29/1998, de 13 de abril, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el siguiente tenor literal: “1. El procedimiento para obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, se iniciará con la solicitud de los

c) En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo i) del apartado 1 del artículo 10.

d) En primera o única instancia, de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.

e) En primera instancia, de las resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de asilo político.

f) En única o primera instancia, de las resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva.

2. Corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002 así como autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.”

³⁷³ El artículo 80 de la Ley 29/1998, de 13 de abril, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, queda redactado del siguiente modo: “1. Son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos:

a) Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.

b) Los recaídos en ejecución de sentencia.

c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis.

e) Los recaídos en aplicación de los artículos 83 y 84.

2. La apelación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en los supuestos de los artículos 110 y 111, se regirá por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende.

3. La tramitación de los recursos de apelación interpuestos contra los autos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo se ajustará a lo establecido en la sección 2.ª de este capítulo.”

órganos competentes en la que se expondrán las razones que justifican la petición acompañada de los documentos que sean procedentes a estos efectos. El Juzgado, en el plazo de 24 horas siguientes a la petición y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulte afectado el artículo 18 apartados 1 y 3 de la Constitución.

2. La ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico, requerirá de autorización judicial previa de conformidad con lo establecido en los párrafos siguientes.

Acordada la medida por la Comisión, solicitará del Juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución.

En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia, en la que, de manera contradictoria, el Juzgado oirá a todos los personados y resolverá en el plazo improrrogable de dos días mediante auto. La decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida.”

Por otro lado, se modificó el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la cual, tras ser nuevamente modificada por la disposición final segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha quedado redactada del siguiente modo: “5. Los

*actos y disposiciones dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades y Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.*³⁷⁴

Por último, se suprime el apartado 6 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que se añadió por la disposición adicional vigésima cuarta, punto 1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.³⁷⁵

³⁷⁴ La Disposición Final cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sobre “*Recursos contra determinados actos, resoluciones y disposiciones*”, es del siguiente tenor literal: “*Serán recurribles:*

1. *Los actos administrativos no susceptibles de recurso ordinario dictados por el Banco de España y las resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por el Banco de España, así como las disposiciones dictadas por la citada entidad, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de conformidad con lo dispuesto en la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España.*

2. *Los actos administrativos no susceptibles de recurso ordinario dictados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las resoluciones del Ministro de Economía y Hacienda que resuelvan recursos ordinarios contra actos dictados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como las disposiciones dictadas por la citada entidad, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.*

3. *Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.*

4. *Las resoluciones de la Junta Arbitral regulada por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, de Modificación parcial de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.*

5. *Los actos y disposiciones dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades y Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.”*

³⁷⁵ El apartado 6 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa disponía que “*Los actos administrativos no susceptibles de recurso ordinario dictados por la Comisión Nacional de Energía y las resoluciones del Ministro de Industria y Energía que resuelven recursos ordinarios contra actos dictados por la Comisión Nacional de Energía, así como las disposiciones dictadas por la citada entidad, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.*”

En cuanto al Reglamento, éste recoge el mandato legal contenido en el apartado cuarto del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual³⁷⁶ tras la reforma sufrida por la *Ley Sínde*, con el fin de determinar el funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. El Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2012, se encuentra compuesto por 24 artículos, distribuidos en 7 capítulos, con una Disposición Adicional Única, una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única, y cuatro Disposiciones Finales.

Los capítulos VI y VII de este Reglamento compuesto por 11 artículos, son los dedicados a la composición y funcionamiento de la Sección Segunda, así como al procedimiento para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. A continuación nos centraremos en el contenido de estos dos capítulos caracterizados por contener un procedimiento de naturaleza mixta, administrativo y judicial, que requiere la intervención además de la Comisión de Propiedad Intelectual, y la del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo para garantizar la integridad de los derechos fundamentales afectados.

³⁷⁶ Vid. apartado cuarto del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, según el cual “Reglamentariamente se determinará el funcionamiento de la Sección y el procedimiento para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.”

3.3. La Sección Segunda

3.3.1 Composición de la Sección Segunda

La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, se configura como un órgano colegiado de ámbito nacional según el apartado primero del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.³⁷⁷

Esta Sección Segunda está compuesta por la persona titular de la Secretaría de Estado de Cultura o persona en la que éste delegue, que ejercerá la presidencia de la Sección, y por cuatro vocales de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Industria, Energía y Turismo, Presidencia, y Economía y Competitividad, respectivamente, designados por dichos Departamentos, entre el personal de las Administraciones Públicas, perteneciente a grupos o categorías para los que se exija titulación superior, y que reúnan conocimientos específicos acreditados en materia de propiedad intelectual.³⁷⁸

Los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Industria, Energía y Turismo, Presidencia, y Economía y Competitividad se encargan de designar, un suplente para cada uno de los vocales, a los efectos legalmente previstos en los

³⁷⁷ Y adscrito a la Subdirección General de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por el artículo 1 del Real Decreto 1889/2011.

³⁷⁸ *Vid.* artículo 14 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, reguladora del funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. A tenor de lo dispuesto en el artículo 158. 4 del TRLPI, la Sección Segunda está presidida por el Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que éste delegue, se compondrá de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia, por cuanto se deduce que el legislador ha debido de cambiar la composición a fin de adaptarlo a los diferentes organigramas como consecuencia del cambio de Gobierno.

supuestos de vacante, ausencia o enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada.

Actúa como secretario, con voz pero sin voto, un funcionario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con nivel de subdirector general o asimilado, mediante nombramiento por el titular de la Dirección General competente en materia de propiedad intelectual.

En definitiva, estamos ante un órgano colegiado sin personalidad jurídica que se encuentra configurado por autoridades y funcionarios públicos de los departamentos ministeriales relacionados con la propiedad intelectual,³⁷⁹ y que dispone de cierta autonomía funcional al tener capacidad de decisión propia, capacitados para dictar resoluciones que agotan la vía administrativa.³⁸⁰

3.3.2 La función de la Sección Segunda

La función de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual viene recogida en los apartados 1 y 4 del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, esto es, la *“salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información”* y *“siempre que el prestador del servicio actúe con*

³⁷⁹ Y por tanto, según el artículo 38 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, el régimen de organización y funcionamiento *“se ajustará a las normas contenidas en el capítulo II del Título II de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

³⁸⁰ Vid. RODRIGUEZ PORTUGUES, M., op. cit.

ánimo de lucro directo o indirecto, o haya causado o sea susceptible de causar con esa conducta un daño patrimonial”.

Así pues, son tres, por tanto, las condiciones que deben darse para que la Sección Segunda de la CPI pueda desplegar sus funciones: i) que se trate de un servicio de la sociedad de la información; ii) que vulnere derechos de propiedad intelectual; y iii) que el prestador del servicio directa o indirectamente actúe con ánimo de lucro o haya causado o pueda causar un daño patrimonial.³⁸¹

En primer lugar, como ya sabemos, según el anexo de definiciones de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, el concepto de *servicios de la sociedad de la información* debe entenderse como todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, así como los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. De este modo, la vulneración realizada contra los derechos de autor ha de ser realizada por un prestador de servicios de la información.³⁸²

Asimismo, se encuentran incluidos dentro del concepto de servicios de la sociedad de la información, los servicios de intermediación, definidos también en el anexo de la Ley 34/2002, como aquel servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de

³⁸¹ Vid. CARBAJO CASCÓN, F., “Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet”, *RIDP*, núm. 15. Noviembre, 2012. Universitat Oberta de Catalunya, p.9.

³⁸² Al respecto señalar, que la norma a veces alude como autor al “prestador” y otras veces al “responsable” de servicios de la sociedad de la información, sin aclarar las diferencias entre uno y otro. Al respecto, vid. RODRIGUEZ PORTUGUES, M., op. cit. *En definitiva, “responsable” o “prestador” es el que provee a los destinatarios de sus servicios de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual sin contar para ello con la autorización de los correspondientes titulares y con ocasión de la realización o prestación de un servicio de la sociedad de la información en los términos que se han señalado.*

la información o el acceso a la información.³⁸³ En ese sentido, el legislador considera que son servicios de intermediación³⁸⁴ la provisión de servicios de acceso a Internet y la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones;³⁸⁵ la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios;³⁸⁶ el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros;³⁸⁷ y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.³⁸⁸

Sin embargo, teóricamente los intermediarios no forman parte del objeto de control de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, pues el artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual expresamente sólo alude a los *responsables de servicios de la sociedad de la información*. No obstante, que el legislador no los haya incluido no impide que de algún modo participen en este procedimiento administrativo; de hecho, la norma los involucra como colaboradores para recabar la información que resulte necesaria para así tutelar eficazmente los derechos de autor.³⁸⁹

En segundo lugar, en cuanto a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, hemos de tener en cuenta que dentro de las posibles infracciones que

³⁸³ Categoría de servicios de la sociedad de la información transpuesta por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de la Directiva 2000/31/CE. De 8 de junio, de comercio electrónico.

³⁸⁴ *Vid.* Anexo. Definiciones. Ley 34/2002, de 1 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

³⁸⁵ Consistente en la conexión a la Red a través de una línea telefónica por el que se paga una tarifa, o de forma directa a través del operador de telecomunicaciones.

³⁸⁶ Este servicio consiste en la conservación de las páginas que con mayor frecuencia solicitan sus usuarios.

³⁸⁷ Este servicio es conocido como *hosting*. Supone facilitar almacenamiento en la Red a quien lo solicite, como podría ser una Web o un Blog, permitiendo normalmente su gestión por el propio interesado.

³⁸⁸ La provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet, supone facilitar enlaces a otros contenidos o instrumentos de búsqueda de contenidos, como por ejemplo sucede con Google.

³⁸⁹ Es oportuno señalar que, como tendremos ocasión de analizar a continuación, dada la escasa eficacia comprobada de este procedimiento administrativo durante el periodo que ha estado en vigor, el legislador ha previsto recientemente una reforma del artículo 158 que amplía el objeto de control, donde se incluyen los intermediarios.

se pueden perseguir, el verdadero propósito de la creación de esta Sección Segunda, es concretamente acabar con las infracciones realizadas a través de contenidos y enlaces en páginas Webs. De este modo, las conductas que son susceptibles de ser perseguidas por la Sección Segunda son el intercambio de contenidos protegidos por derechos de autor a través de plataformas *P2P*, el *streaming*, las *descargas directas* y el suministro de enlaces o vínculos a páginas o servicios de la sociedad de la información mediante los que se realizan cualquiera de las conductas anteriores. Al respecto, se ha de recordar las respuestas que han dado nuestros Tribunales en este sentido, las cuales en su mayoría como ya sabemos dejan impunes a los responsables de estas webs.³⁹⁰ Como consecuencia de la escasa respuesta de los Tribunales, el legislador ha optado por establecer un cauce extrajudicial que consiste en un procedimiento administrativo que ofrece una respuesta rápida en aquellos supuestos en los que la Comisión de Propiedad Intelectual considere que se están vulnerando derechos de propiedad intelectual.

Y en tercer lugar, la actuación de los responsables de las páginas Webs debe estar presidida por ánimo de lucro, por lo que no es suficiente con la mera infracción de los derechos de propiedad intelectual para poder proceder a la suspensión o retirada de los contenidos.³⁹¹ Ese ánimo de lucro debe ser entendido en sentido amplio, incluyendo todas las formas posibles; además no es necesario que sea efectivo, incluyendo también el ánimo de lucro potencial. En palabras de CARBAJO CASCÓN,³⁹² lo que el legislador quiere decir es que *no es necesario*

³⁹⁰ Los órganos jurisdiccionales del orden civil no califican todas esas conductas como violaciones a los derechos de autor. Así por ejemplo se ha pronunciado con las Webs de enlaces. Sí se consideran en cambio el *subir* una obra protegida o el permitir la *descarga directa* o el *streaming*, como ya hemos tenido ocasión de analizar anteriormente. *Vid. ut supra* nota 315, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de febrero de 2011, núm. 83/2011.

³⁹¹ Parece que el legislador con la expresión “ánimo de lucro” sigue el mismo criterio aplicado por el Código Penal, manteniendo la línea establecida por la citada Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, entendido como ánimo de lucro comercial como obtención económica de un beneficio propio del ejercicio comercial.

³⁹² *Vid.* CARBAJO CASCÓN, F., “Aspectos sustantivos del procedimiento...”, op. cit., p.12. según el cual *es la estructura de los ilícitos de peligro, típica de los derechos exclusivos y del derecho de la competencia*

que se constate la violación de derechos de propiedad intelectual; basta con la mera posibilidad cierta de que esa violación pueda llegar a producirse.

3.3.3 El procedimiento para la salvaguarda de los derechos de autor

Como bien sabemos, la función encomendada a esta Sección Segunda es la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital. Para ello, el legislador configura un procedimiento que, va dirigido contra los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información que vulneren los derechos de propiedad intelectual, ya sea ofreciendo contenidos ilegales sin el preceptivo consentimiento del autor o prestando servicios de intermediación.

Como ha puesto de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual³⁹³ no se trata de un procedimiento administrativo sancionador. Así, en el Dictamen se indica que *hay que observar a este respecto que las funciones que el artículo 158.4 atribuye a dicha sección Segunda no son sancionadoras, sino de restablecimiento de legalidad; las sancionadoras se regulan por una norma distinta como es la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (Título VII, artículos 37 y siguientes de la misma).*³⁹⁴ No obstante, es posible que se puedan imponer

desleal, que justifica la adopción de medidas cautelares o definitivas de cesación contra actos ilícitos que todavía no se han puesto en práctica (cfr. art. 141 del TRLPI y art. 32.1, 2.ª de la Ley de competencia desleal.

³⁹³ Vid. Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual (expediente núm. 1884/2011).

³⁹⁴ No obstante, existe un sector de la doctrina que sí considera este procedimiento como una potestad sancionadora, así por ejemplo, *vid.* DURÁN RIVACOBÁ, R., *op. cit.*

ciertas medidas restrictivas.³⁹⁵ De hecho, a la Sección Segunda se le faculta, además de poder declarar la existencia o inexistencia de la vulneración de derechos de propiedad intelectual, para interrumpir la prestación de un servicio e incluso la retirada de los contenidos que se consideren que vulneran los derechos de propiedad intelectual. Además, en última instancia, también se le faculta para cuando fuera necesario ordenar la suspensión de los servicios de intermediación que correspondan a fin de asegurar el eficaz cumplimiento de la resolución que dicte cuando el responsable de la vulneración no cumpla con los requerimientos anteriores.

El procedimiento que el legislador ha establecido se contiene básicamente en el Real Decreto 1889/2011 en los artículos 15 a 24, con el título “*Procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual*”. Está caracterizado por dividirse en tres fases diferentes que son, la fase preliminar, la iniciación e instrucción, y finalmente la resolución.

La fase preliminar comienza por la solicitud de iniciación del interesado y para aquellos casos en los que éste no dispone de toda la información suficiente sobre la persona que infringe los derechos de autor, se contempla la posibilidad de proceder a la solicitud de autorización judicial a fin de obtener la cesión de determinados datos personales del responsable.

Por tanto, en esta fase se contiene la denuncia inicial de los titulares de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o las personas naturales o jurídicas que tuvieran encomendado el ejercicio de aquellos derechos o la representación de tales titulares. No obstante, dicha denuncia no supone el inicio del procedimiento, más bien supone el modo de informar a la Sección

³⁹⁵ Vid. RODRIGUEZ PORTUGUES, M., op. cit.

Segunda la existencia de una vulneración de los derechos de autor. Desde ese momento, el titular de los derechos adquiere la condición de interesado en el procedimiento que posteriormente se inicie. De este modo, a partir de esa denuncia será cuando se considere que la Administración en su propia instancia inicie el procedimiento tras dictar su acuerdo de inicio.

La denuncia debe dirigirse contra los responsables de servicios de la sociedad de la información sobre los cuales existan indicios de que están vulnerando derechos de propiedad intelectual,³⁹⁶ la cual se insta mediante solicitud, dirigida a la Secretaría de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, actuando como órgano instructor del procedimiento el propio titular de la Secretaría.³⁹⁷

³⁹⁶ Vid. artículo 15 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, según el cual: “1. El procedimiento regulado en este capítulo tiene por finalidad el restablecimiento de la legalidad en los casos en los que se declare la existencia de una vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante la prestación de servicios de la sociedad de la información.

2. Se encuentran legitimados para instar el inicio del procedimiento regulado en el presente capítulo los titulares de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o las personas naturales o jurídicas que tuvieran encomendado el ejercicio de aquellos derechos o la representación de tales titulares.

3. El procedimiento podrá dirigirse contra los responsables de servicios de la sociedad de la información sobre los cuales existan indicios de que están vulnerando derechos de propiedad intelectual, cuando en la solicitud de quien inste su inicio se identifique expresamente el contenido ofrecido o al que se facilite el acceso, y siempre que concurran las circunstancias que, según lo dispuesto en el artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, permiten a la Sección Segunda adoptar medidas para que se interrumpa la prestación de dichos servicios. En la consideración de tales indicios de vulneración de derechos de propiedad intelectual deberá tenerse en cuenta en todo caso lo establecido en los artículos 16.2 y 17.2.c).

4. El procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los servicios de la sociedad de la información se sustanciará de conformidad con los principios de legalidad, objetividad, proporcionalidad y contradicción.”

³⁹⁷ Vid. artículo 17 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, cuyo tenor literal es el siguiente: “1. El procedimiento, en el que serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se instará mediante solicitud, según modelo oficial que figura como Anexo IV a este real decreto en caso de no emplearse medios electrónicos, dirigida a la Secretaría de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. El titular de la Secretaría actuará como órgano instructor del procedimiento. La solicitud se presentará por medios electrónicos en los casos en que ello esté establecido en el desarrollo del apartado 2 de la Disposición adicional única, y deberá ser presentada por, al menos, un titular del derecho de propiedad intelectual que se considera vulnerado o por la persona que tuviera encomendado su ejercicio.

2. La solicitud de iniciación deberá contener la información prevista en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debiendo acompañarse además a la misma la siguiente documentación e información:

Cuando los titulares de los derechos vulnerados que instan el procedimiento no puedan identificar a los responsables de la vulneración, se solicitará al Juzgado Central Contencioso-Administrativo que autorice el requerimiento al proveedor de los servicios de intermediación de los datos necesarios para su localización e identificación.³⁹⁸ Esto supone de gran ayuda, por cuanto en la mayor parte de las

a) Identificación de la obra o prestación objeto de la solicitud.

b) Acreditación, por cualquier medio de prueba admisible en derecho, de la titularidad del derecho de propiedad intelectual alegado y, en su caso, de la encomienda de su gestión o de la representación del titular. En caso de derechos con más de un titular, se incluirán, de conocerse, los datos de identificación de los otros titulares.

c) Acreditación, por cualquier medio de prueba admisible en derecho, de que la obra o prestación alegada está siendo objeto de explotación, lucrativa o no, a través del servicio de la sociedad de la información objeto de la solicitud, identificando, describiendo y ubicando dicha actividad.

d) Declaración de que no ha sido concedida autorización para la explotación realizada en el servicio de la sociedad de la información objeto de la solicitud.

e) Justificación de la concurrencia, directa o indirecta, en cada uno de los servicios a los que se refiera la solicitud, de ánimo de lucro o de un daño causado o que podría causarse a los titulares y que no tengan la obligación legal de soportar.

f) Los datos de los que disponga el solicitante que permitan o coadyuven a identificar al responsable mediante la localización de los servicios de la sociedad de la información contra los que se dirige el procedimiento, y que permitan establecer comunicación con las páginas Web que prestan los servicios, incluyendo, en su caso, los datos del correspondiente prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información.

g) Cualquier otra circunstancia relevante en el procedimiento cuyo inicio se solicita, incluida la proposición de aquellas pruebas o comprobaciones que el solicitante estime oportunas en defensa de su derecho, sin perjuicio de su derecho a proponerlas en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia previsto en el artículo 21.

3. La Sección Segunda acordará el inicio del procedimiento salvo que la solicitud incumpla alguno de los requisitos exigidos en el presente artículo o en la normativa por la que se rige este procedimiento, en cuyo caso, según lo previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, requerirá al interesado para que subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, archivándose las actuaciones previa la correspondiente resolución. El inicio del procedimiento será notificado al correspondiente prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información como interesado en el mismo y a efectos de tenerle informado de la posibilidad de futuros requerimientos de identificación y de ejecución, en los términos previstos en los artículos 18 y 24.”

³⁹⁸ Vid. artículo 17 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, según el cual “1. En los casos en que, al inicio del procedimiento, el responsable del servicio de la sociedad de la información contra el que aquél se dirige no se encuentre suficientemente identificado, la Sección Segunda podrá proceder de acuerdo con lo establecido en los artículos 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, y 122 bis, apartado 1, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, remitiendo de forma inmediata, al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, solicitud de autorización judicial, para requerir al prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación de dicho responsable, a fin de que, conforme a lo previsto en el artículo 19, pueda serle notificado el inicio del procedimiento empleándose en su caso los boletines oficiales existentes o portales de notificación creados a tales efectos, siempre de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con medios electrónicos conforme a lo previsto en los artículos 25, 27 y 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, para que pueda personarse como interesado en el mismo.

2. En dicha solicitud se expondrán las razones que justifican la misma, acompañándose los documentos y ficheros que sean procedentes a estos efectos.

ocasiones no se podría identificar de otro modo a los responsables más que a través del propio intermediario el cual puede revelar la identidad de la persona a la que está asignada la dirección IP desde la que se produce la violación de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual.³⁹⁹ Precisamente, por este motivo se modificó el artículo 8 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información con el fin de facilitar la labor de identificación del responsable del servicio de la sociedad de la información que estuviera realizando la conducta presuntamente vulneradora.

Una vez admitida a trámite la solicitud e identificado al responsable de los servicios de la sociedad de la información, comienza la segunda fase en la cual la Sección Segunda dicta el acuerdo de inicio del procedimiento administrativo.⁴⁰⁰

3. En el supuesto de que la Sección Segunda reciba varias solicitudes de inicio del procedimiento contra un mismo servicio de la sociedad de la información que tengan su razón de ser en una misma actividad vulneradora, remitirá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo una única solicitud de autorización judicial para requerir, al correspondiente prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información, la puesta a disposición de los datos que permitan la inequívoca identificación del responsable del servicio en el que se está realizando la actividad objeto de la solicitud o solicitudes de inicio del procedimiento.

4. Dictado el auto sobre la solicitud de autorización judicial para la localización, la Sección Segunda trasladará el contenido del mismo al prestador del servicio de intermediación de la sociedad de la información requiriéndole, en su caso, a que aporte de forma inmediata, en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción del requerimiento, los datos que permitan la inequívoca identificación del responsable mediante la localización del servicio de la sociedad de la información contra el que se dirige el procedimiento, sin que, en ningún caso, se puedan requerir datos de contenido, de tráfico ni de localización que excedan el ámbito o finalidad de este procedimiento. Si el auto judicial denegara la autorización solicitada se dará también traslado del mismo al prestador del servicio de intermediación de la sociedad de la información.”

³⁹⁹ Vid. RODRIGUEZ PORTUGUES, M., op. cit.

⁴⁰⁰ Vid. artículo 19 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, cuyo tenor literal es: “La Sección Segunda dictará acuerdo de inicio que se notificará al responsable del servicio o servicios de la sociedad de la información contra quienes el procedimiento se dirija y al prestador de servicios de intermediación. Dicho acuerdo tendrá el contenido mínimo siguiente:

a) La identificación de los responsables de los servicios de la sociedad de la información contra los que el procedimiento se dirige.

b) El contenido de la solicitud que motiva la iniciación del procedimiento y las medidas que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

c) El órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuye tal competencia.

d) El requerimiento para que procedan, en el plazo de 48 horas inmediatamente siguientes a la práctica de la notificación, a la retirada voluntaria de los contenidos según lo establecido en el artículo 20.1”

Este acuerdo, se debe notificar al responsable de los servicios de la sociedad de la información y al prestador de los servicios de intermediación y en él se requiere a aquél para que proceda en el plazo de 48 horas a la retirada voluntaria de los contenidos señalados en el acuerdo de inicio del procedimiento que pudieran resultar ilícitos por vulnerar derechos de propiedad intelectual; si el sujeto accede a dicho requerimiento, dicho acto evidentemente pondría fin al procedimiento; en su defecto, el responsable de los servicios de la sociedad de la información puede realizar las alegaciones y proponer las pruebas que estime oportunas sobre la existencia de una autorización para la explotación, o la aplicabilidad de un límite a los derechos de propiedad intelectual o cualquier otra circunstancia que estime adecuada para su defensa.⁴⁰¹

De este modo, transcurridas las 48 horas preceptivas desde la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento sin que se haya cumplido el requerimiento, se abre un proceso de pruebas y alegaciones, compuesta por las propuestas por el responsable del servicio, por las que la Sección Segunda considere oportunas o incluso por las que proponga el solicitante del inicio del procedimiento. Además, se establece una *presentación de conclusiones* por parte del órgano instructor, el cual notifica el resultado de las pruebas practicadas y la propuesta de resolución a los

⁴⁰¹ Vid. artículo 20 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, tras la publicación de la reciente STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4 de 31 de mayo de 2013, según el cual quedó redactado del siguiente tenor literal: “1. El acuerdo de inicio dará lugar al requerimiento al responsable del servicio de la sociedad de la información, que podrá proceder, en el plazo de 48 horas inmediatamente siguientes a la práctica del requerimiento, a la retirada voluntaria de los contenidos señalados en el acuerdo de inicio del procedimiento que pudieran resultar ilícitos por vulnerar derechos de propiedad intelectual, o, en su defecto, a realizar las alegaciones y proponer las pruebas que estime oportunas sobre la existencia de una autorización para la explotación o la aplicabilidad de un límite a los derechos de propiedad intelectual o cualquier otra circunstancia en su defensa.

2. En caso de que, atendiendo al requerimiento de la Sección Segunda, el responsable del servicio de la sociedad de la información voluntariamente interrumpa el servicio o retire el contenido respecto al que se dirige el procedimiento, el instructor procederá a archivar el procedimiento sin más trámite, notificando tal circunstancia a los interesados. No obstante, si se reanuda la actividad vulneradora, la Sección, a instancia del solicitante que dio inicio al procedimiento, podrá acordar la reapertura del expediente archivado, en fase de prueba y conclusiones, o, de haberse realizado ya dichas actuaciones, dictando la resolución final conforme al artículo 22. Se entenderá por reanudación de la actividad vulneradora el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos.”

interesados para que presenten sus conclusiones como trámite de audiencia, en el plazo máximo de cinco días.⁴⁰²

En su redacción inicial, el Reglamento disponía en su artículo 20 que a la interrupción del servicio o a la retirada voluntaria en las 48 horas siguientes al requerimiento efectuado al prestador del servicio de la sociedad de la información, debía de darse “*valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración*”, lo que motivó la interposición de un recurso de casación contencioso-administrativo por “*Red de Empresas de Internet*” contra este Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre. Dicha cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de mayo de 2013⁴⁰³, en la cual estima en parte el recurso, declarando conforme a Derecho la citada norma, salvo en el siguiente inciso del artículo 20.2: “*y dándose, a dicha interrupción del servicio o retirada voluntaria, valor de reconocimiento implícito de la referida vulneración*”. El Alto Tribunal declaró nulo y no conforme a Derecho dicha manifestación, al considerar que la retirada del contenido “*puede obedecer a muy distintas razones, que resultan incompatibles con tal reconocimiento de la vulneración*” y que en ese aspecto “*el reglamento se excede de la encomienda legalmente recibida por el apartado sexto del artículo 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual*.”⁴⁰⁴

Posteriormente, habiendo finalizado el plazo para conclusiones, la Sección Segunda dicta resolución motivada en el plazo máximo de tres días donde declara acreditada la existencia o inexistencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual, poniendo así fin a la vía administrativa.⁴⁰⁵

⁴⁰² Vid. artículo 21 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre.

⁴⁰³ Vid. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2013.

⁴⁰⁴ Vid. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 31 de mayo de 2013, Fundamento Jurídico décimo cuarto.

⁴⁰⁵ Lo que supone que es susceptible de recurso administrativo potestativo y ordinario de reposición, y se recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, según lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de

En el supuesto de que la Sección Segunda considere en su resolución que se han infringido los derechos de propiedad intelectual, la siguiente medida a adoptar es ordenar al referido responsable la retirada de los contenidos o la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos objeto del procedimiento, debiendo aquél dar cumplimiento a la misma en un plazo de 24 horas.⁴⁰⁶ Si en el transcurso de dicho plazo no se produce un cumplimiento voluntario la Sección Segunda deberá solicitar al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo autorización para ejecutar estas medidas las cuales deberán cumplirse en un plazo de 72 horas desde que sea notificada la resolución judicial que así lo autorice.⁴⁰⁷

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el apartado 5 de la Disposición Adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁴⁰⁶ Vid. artículo 22 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, según el cual “1. Transcurrido el plazo para conclusiones, la Sección Segunda dictará resolución motivada en el plazo máximo de los tres días siguientes, y declarará, a los solos efectos del artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que para la misma ha quedado acreditada la existencia o inexistencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información en el caso objeto del procedimiento.

2. Declarado en dicha resolución que para la Sección Segunda ha quedado acreditada la existencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual por el responsable del servicio de la sociedad de la información, la misma resolución de la Sección Segunda ordenará al referido responsable la retirada de los contenidos que vulnere derechos de propiedad intelectual o la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información que vulnere los citados derechos objeto del procedimiento, debiendo aquél dar cumplimiento a la misma en un plazo de 24 horas desde su notificación, siendo notificada asimismo al correspondiente prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información.

3. La resolución contemplará, asimismo, para el caso de incumplimiento por parte del responsable del servicio de la sociedad de la información dentro del plazo de 24 horas señalado en el apartado anterior, la suspensión dirigida a los servicios de intermediación de la sociedad de la información que correspondan para el eficaz cumplimiento de la resolución, en los términos precisos que sean aplicables de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, y 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Los servicios de intermediación deberán dar cumplimiento a esta orden de suspensión en un plazo de 72 horas desde la notificación a los mismos del auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo autorizando, en su caso, la misma, en los términos descritos en los artículos 23 y 24. Dicha medida será objetiva, proporcionada y no discriminatoria.

4. El plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución por la Sección Segunda será de 3 meses. La falta de notificación en ese plazo tendrá efectos desestimatorios de la solicitud según lo dispuesto en el artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.”

⁴⁰⁷ Vid. artículo 23 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, cuyo tenor literal es el siguiente: “Si la resolución que declara, a los solos efectos del artículo 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, no hubiera sido cumplida voluntariamente por el interesado en el plazo de 24 horas señalado en el artículo 22.3, la Sección se dirigirá al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, según lo establecido en el artículo 122 bis,

Este proceso, caracterizado por disponer de plazos muy cortos tanto en el sentido administrativo como el judicial, y utilizar primordialmente los medios electrónicos de comunicación pretende poder adoptar las decisiones con rapidez suficiente para evitar la lesión de los derechos de propiedad intelectual afectados.

En definitiva, y como señala BERCOVITZ,⁴⁰⁸ tras la aprobación de la *Ley Sinde*, se establece *un sistema harto complejo y extremadamente garantista, no sólo para la interrupción de servicios de la sociedad de la información o para retirar los contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual, sino también para requerir previamente, en su caso, a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la identificación del presunto infractor de la propiedad intelectual.*

apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, para que dicte el auto autorizando o denegando la ejecución de las medidas impuestas por la resolución de la Sección Segunda”; y artículo 24 del Real decreto 1889/2011 de 30 de diciembre, según el cual: “1. Una vez recibido el auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, que autorice o deniegue la ejecución de la suspensión, se notificará el mismo de forma inmediata a la parte que haya iniciado el procedimiento, al responsable del servicio de la sociedad de la información vulnerador, a los demás interesados, y a los prestadores de los servicios de intermediación de la sociedad de la información cuya colaboración sea necesaria, que deberán, en su caso, dar cumplimiento a la suspensión autorizada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente de acuerdo con lo previsto en el artículo 23, en el plazo de 72 horas señalado en el artículo 22, que comenzará a contar, a efectos de la adopción de dicha medida, desde la notificación del auto previamente referido.

2. La notificación a los prestadores de los servicios de intermediación de la sociedad de la información cuya colaboración sea precisa, del auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente autorizando, en su caso, la ejecución, dará lugar al conocimiento efectivo de la actividad vulneradora en el sentido establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, sin perjuicio de que dicho conocimiento efectivo se pudiera haber producido por otros medios.

3. Esta notificación se realizará preferentemente por medios electrónicos, conforme a lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

4. En todo caso, la suspensión del servicio de intermediación será subsidiaria respecto del cumplimiento voluntario de las medidas contenidas en la resolución notificada según lo previsto en el artículo 22, y cesará cuando se acredite ante la Sección Segunda el restablecimiento de la legalidad por parte del servicio de la sociedad de la información o, en todo caso, una vez transcurrido un año desde la ejecución de la medida.

5. En relación con la ejecución de la resolución administrativa autorizada mediante auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo competente, será aplicable la previsión de los artículos 38.2.b) y 39.1.a) de la Ley 34/2002, de 11 de julio”.

⁴⁰⁸ Vid. “La Ley Sinde.” op. cit.

5. Nuevas reformas legislativas

A pesar de los grandes esfuerzos del legislador español para combatir los actos de puesta a disposición del público de obras intelectuales que, de forma indiscriminada, atentan contra los derechos de autor, el resultado obtenido hasta el momento dista mucho de ser favorable.

En efecto, durante el proceso de elaboración de la *Ley Sinde*, ésta se proyectaba como una solución eficaz al problema. De hecho, tras su entrada en vigor, se logró que en 2012 el Gobierno de Estados Unidos eliminara a España de la *lista negra* de la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual⁴⁰⁹ (en adelante IIPA) en la que se encontraba incluida desde el año 2008; al respecto, en su conocido Informe Especial 301 nuestro país fue señalado por los Estados Unidos como uno de los socios comerciales que se caracterizaba por su escasa beligerancia con la piratería en Internet y defensa de la propiedad intelectual. Este Informe 301 no es más que uno de los trabajos realizados por esta organización destinada a configurar una enumeración de aquellos países que en su opinión no ofrecen la protección suficiente a los derechos de propiedad intelectual.⁴¹⁰

Sin embargo, a pesar del reconocimiento a las autoridades españolas por la adopción de las medidas incluidas en la *Ley Sinde* y en el Real Decreto 1889/2011

⁴⁰⁹ Según su página web, la IIPA, se presenta como *una coalición del sector privado, formado en 1984, de las asociaciones comerciales que representan a las industrias de derechos de autor con sede en EE.UU. en los esfuerzos bilaterales y multilaterales que trabajan para mejorar la protección internacional y la aplicación de materiales con copyright y abrir los mercados extranjeros cerrado por piratería y otras barreras de acceso al mercado.* <http://www.iipa.com/aboutiipa.html>

⁴¹⁰ Una de las funciones de la IIPA, es la llamada *Especial 301 Revisión*. Según se expresa en su página web, supone la presentación de *un informe anual a la Representante Comercial de EE.UU. y a otras entidades del Gobierno de Estados Unidos donde se expresa la opinión sobre si los actos, políticas o prácticas de cualquier país extranjero niegan protección adecuada y eficaz de la propiedad intelectual derechos de propiedad o negar el acceso justo y equitativo de mercado de personas de Estados Unidos que dependen de la protección de la propiedad intelectual.* <http://www.iipa.com/aboutiipa.html>

para combatir la piratería, en dicho Informe 301 emitido por el IIPA de 8 de febrero de 2013⁴¹¹ se evidencia la ineficacia de estos textos tras los resultados obtenidos durante su aplicación en el año 2012.⁴¹² La IIPA considera que a pesar de haberse adoptado instrumentos adecuados para la paralización de la piratería en España, el mecanismo que se ha establecido resulta lento en la práctica, no dando una respuesta ágil a quienes demandan protección de los derechos de propiedad intelectual. Además, se denuncia la pasividad de la Comisión de Propiedad Intelectual, que por ejemplo, no ha instado al Tribunal Administrativo ordenar el cierre de ninguna página Web.

Como consecuencia, la IIPA expone en su Informe una serie de recomendaciones primordiales de naturaleza muy variada para el año 2013, como modificar la Circular de la Fiscalía General del Estado de 2006 que despenaliza las descargas en plataformas *P2P*;⁴¹³ facilitar a los titulares de derechos de autor el ejercicio de acciones civiles y penales contra los infractores con el fin de identificarlos, respetando al mismo tiempo los derechos de protección de datos, siguiendo en este punto la decisión del Tribunal de Justicia Europeo de 2008, en el caso *Promusicae vs. Telefónica*,⁴¹⁴ proporcionar recursos adecuados y mejorar el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual con el fin de aplicar efectivamente las disposiciones contenidas en la Ley de Economía Sostenible a las plataformas de *links*, *indexado* y *descargas torrent*; modificar las leyes de comercio electrónico de modo que los titulares de derechos puedan comunicarle a

⁴¹¹ www.iipa.com/rbc/2013/2013SPEC301SPAIN.PDF

⁴¹² El Secretario de Estado de Cultura, José María Lassalle, reconoció ya en diciembre del 2012 que la Comisión de Propiedad Intelectual no funciona *todo lo bien que debería*.

⁴¹³ Recordar nuevamente lo contenido en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado que recomendaba no actuar en la jurisdicción penal, entendiendo estas conductas, a lo sumo, como ilícitos civiles. *Vid. ut supra* p. 155.

⁴¹⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06, *Promusicae vs. Telefónica*, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, mediante auto de 13 de junio de 2006, recibido en el Tribunal de Justicia el 26 de junio de 2006. En esta resolución, se resuelve que las empresas telefónicas no están obligadas a ceder a la asociación de productores y editores de música de España (*Promusicae*) los datos de sus usuarios que realizan descargas de música. Los jueces europeos concluyeron que "*el derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a divulgar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor, en el marco de un procedimiento civil*".

los ISP (proveedores de servicios de internet) el conocimiento de la infracción cometida por medio de su servicio sin necesidad de una orden judicial; incentivar a los ISP para que cooperen en los esfuerzos para detener las actividades infractoras de intercambio de archivos; dar los pasos legislativos apropiados para asegurar que los dispositivos de elusión son ilegales; facilitar cambios en la legislación con el objetivo de facilitar los procesos civiles frente a la piratería informática; modificar la Ley de Propiedad Intelectual a fin de aclarar que los sitios de enlace infringen derechos de propiedad intelectual y pueden ser procesados.

Junto a este conjunto de medidas se recomienda igualmente el establecimiento de una autoridad nacional que coordine la regulación de la piratería informática y asegure la asignación de adecuados recursos de investigación de los delitos de internet e informáticos dentro del Ministerio del Interior, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía; así como asegurar la asignación de los medios apropiados para que los Juzgados y Tribunales penales y mercantiles tengan jurisdicción sobre los casos de propiedad intelectual para evitar retrasos innecesarios; establecer líneas de comunicación claramente definidos entre los titulares de derechos y las autoridades de la Fiscalía del Estado dedicada al fraude fiscal y el contrabando relacionado con infracción de la propiedad intelectual, y trabajar con los servicios de pago electrónico tales como *VISA*, *MasterCard* y *PayPal* para bloquear pagos a los distribuidores de productos pirata.

Por último se insiste en la necesidad de buscar acuerdos entre los titulares de derechos y de los principales servicios de publicidad en línea, como AUTOCONTROL e IAB España, en la línea de los esfuerzos realizados en 2012 por la Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos hacia la supresión de la publicidad de sitios Web que ofrecen material ilegal.

Más recientemente, la IIPA en fecha 8 de mayo de 2013 dictó su último Informe *Special 301*⁴¹⁵ donde, a pesar de las dudas, un año más no incluye a España en su *lista negra*. Esta decisión viene motivada por el reconocimiento al esfuerzo que el Gobierno español está realizando en este año para aumentar la capacidad de los organismos competentes de llevar a cabo acciones más efectivas contra la piratería. Hemos de tener en cuenta, que a la fecha de emisión de este informe, ya se había publicado un anteproyecto de reforma parcial de la normativa sobre el que nos detendremos posteriormente. No obstante, subraya el nivel generalizado de la piratería en Internet e insta al Gobierno español a subsanar las deficiencias y la falta de voluntad de actuación de los Tribunales, considerando que esto dificulta el posible éxito de acciones tanto civiles como penales. Además, insiste en dar cumplimiento a los compromisos que hicieron a principios de 2012 y efectuar las actuaciones necesarias a fin de agilizar el funcionamiento de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

En este nuevo documento, se pone de manifiesto el amplio abanico de medidas que son susceptibles de adoptarse a fin de reforzar la protección de los derechos de autor. Medidas que han sido sugeridas por las autoridades estadounidenses a través de la elaboración de informes para asesorar a España en la materia, con el fin de reforzar las legislaciones en materia de propiedad intelectual.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Vid. Informe Special 301 de la IIPA de fecha 8 de mayo de 2013
www.iipa.com/pressreleases/2013_May01_RELEASE_2013_SPECIAL_301_USTR_DECISIONS_FINAL.PDF

⁴¹⁶ EEUU regaña a los Estados que son menos efectivos en la defensa de los derechos de propiedad intelectual, en este sentido, EE UU se reserva el derecho de imponer sanciones comerciales a los países que pasen demasiado tiempo seguidos por la IIPA. Establecen cuatro niveles en función del grado de observación. En primer lugar, como *Priority Foreign Country* se encuentra Ucrania. En el segundo nivel, se encuentran Algeria, Argentina, Chile, China, India, Indonesia, Pakistán, Rusia, Tailandia y Venezuela. El tercer nivel de observación está compuesto por Barbados, Belarus, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá -Estados Unidos valora favorablemente su esfuerzo en la materia-, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Finlandia, Grecia, Guatemala, Israel, Italia, Jamaica, Kuwait, Líbano, México, Paraguay, Perú, Filipinas, Rumania, Tajikistán, Trinidad y Tobago, Turquía, Turkmenistán, Uzbekistán y Vietnam. Y en el cuarto y último nivel se encuentra El Salvador junto a España, donde la institución se limita a informar a ambos países en cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual.

Junto con las conclusiones expuestas sobre los resultados obtenidos durante la puesta en práctica de la *Ley Sinde* que proceden de los Informes emitido por la IIPA, a nivel nacional es preciso hacer referencia a la Memoria anual de la Fiscalía General del Estado 2013.⁴¹⁷ En dicho documento se hace un balance de los delitos contra la propiedad intelectual, poniendo de manifiesto que éstos han descendido hasta un 25% en el año 2012 con respecto el año anterior, aunque se ha de tener en cuenta que en su mayoría se trata de delitos relacionados con la distribución y venta de material en la calle, conocido como *top manta*. En este informe se indica que la evolución de estos delitos está marcada por la reforma del Código Penal de 2010, pero también se reconoce la incidencia en esta disminución por el aumento del acceso a los contenidos audiovisuales a través de Internet. Por tanto, la lectura que se extrae de ello es que los modos tradicionales de infringir lo derechos de propiedad intelectual están disminuyendo como consecuencia del aumento de las infracciones cometidas contra la propiedad intelectual por el acceso a los contenidos protegidos a través de la Red, aunque en éste informe no se especifica cuánto ha sido ese aumento.

En definitiva, como así ha sido reconocido no sólo por diferentes organismos, sino también por el Gobierno español,⁴¹⁸ el resultado obtenido tras la puesta en funcionamiento de las últimas medidas adoptadas por el legislador se caracteriza por la insuficiencia y la escasa eficacia en su operatividad. Dicho de otro modo, las medidas adoptadas tras la entrada en vigor de la *Ley Sinde* y del Real Decreto 1889/2011 no han conseguido frenar de forma significativa las violaciones contra los derechos de autor.

⁴¹⁷ Vid. Memorias de la Fiscalía General del Estado 2013.
http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagename=PFiscal%2FPag%2FFGE_memorias&selAnio=2013.

⁴¹⁸ Vid. *ut supra* nota 412.

Ante este panorama, y debido a la influencia de organismos como la IIPA, las entidades de gestión y el sector industrial audiovisual, el legislador español continúa con el arduo trabajo de establecer mecanismos adecuados y efectivos que radiquen el problema de la piratería. Para ello, nuestro legislador ha optado por reformar el Código Penal, así como la Ley de Propiedad Intelectual. Con el análisis de éstas últimas medidas previstas finalizaremos nuestro trabajo de investigación.

5.1 Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Con fecha 22 de marzo de 2013, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte elevó al Consejo de Ministros la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Al respecto, hemos de advertir que dado que estamos ante un texto que no es definitivo, pues se encuentra aún en fase de Anteproyecto que puede sufrir numerosos cambios antes de ser aprobado, no se va a estudiar en profundidad, limitándonos a comentar los principales aspectos que consideramos de mayor trascendencia.

Este nuevo texto viene motivado, como ya apuntamos, por la influencia del sector industrial. Así lo indica el legislador en el Preámbulo de este Anteproyecto de Ley donde señala que *“las industrias culturales y creativas constituyen un sector de gran relevancia en nuestro país, tanto por la singular naturaleza de las*

actividades que desarrollan, como por su peso económico, ya que las actividades relacionadas con la propiedad intelectual generan cerca del 4 por ciento del Producto Interior Bruto español.”

Se reconoce, además, que la vigente Ley de Propiedad Intelectual, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, no ha sabido adaptarse eficientemente a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que se han venido produciendo. No obstante, en lugar de llevar a cabo una reforma integral de la Ley, el legislador ha optado por realizar sólo modificaciones puntuales que afectan aquellos problemas que considera primordiales y de urgente necesidad.⁴¹⁹

Entre los cambios incluidos en este Anteproyecto hemos de destacar aquéllos que se refieren a la incorporación de nuevas medidas con el fin de asegurar la eficacia de los mecanismos para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones que puedan sufrir en Internet.

Con las reservas oportunas debido a que puede sufrir muchas modificaciones durante su tramitación parlamentaria, sí podemos apuntar que se introducen cambios legislativos en dos sentidos. En primer lugar, se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil introduciendo mejoras en la redacción de determinadas medidas para la identificación de aquellos servicios de la sociedad de la información sobre los que concurren indicios razonables de que están poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, de forma directa o indirecta,

⁴¹⁹ *Vid.* Preámbulo del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Concretamente, las medidas que recoge se agrupan en tres bloques: la profunda revisión del sistema de copia privada, el diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital.

contenidos sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual.⁴²⁰ Esta información obtenida se utilizaría exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros e, incluso, el tribunal podría atribuir carácter reservado a las actuaciones.⁴²¹

⁴²⁰ Vid. artículo 2 del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil por el cual se modificaría la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modifica el subapartado 7º y se introducen unos nuevos subapartados 10º y 11º en el apartado 1 del artículo 256, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la siguiente redacción: “7º *Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes:*

a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías.

b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios.

c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías.”

“10º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, considerando, entre otros, su nivel de audiencia en España o el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas, de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual.

La solicitud estará referida a la identificación necesaria y podrá dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar. Los citados prestadores proporcionarán la información solicitada, siempre que ésta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación.”

“11º Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del !38 mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información identifique a un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurren indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo a gran escala, considerando, entre otros, el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas, mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual.”

⁴²¹ Vid. artículo 2 del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil por el cual se modificaría la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,

En segundo lugar, se realiza una revisión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual regulado en el artículo 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual, que habilita a la Comisión de Propiedad Intelectual a perseguir a aquellos grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual.⁴²²

La finalidad de esta última medida es concentrar las capacidades y recursos de la Comisión de Propiedad Intelectual, para lo cual se pretende dotar a dicho organismo de mecanismos más eficaces de reacción frente a las vulneraciones cometidas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplan voluntariamente con los requerimientos de retirada que le sean dirigidos por aquélla, incluyendo la posibilidad de requerir la colaboración de intermediarios de pagos electrónicos o de publicidad y previendo que el bloqueo técnico únicamente se aplicará como medida de último recurso.

Con esta reforma, se persigue también, aunque subsidiariamente y cuando se cumplan determinadas condiciones, a los prestadores de servicios que tengan como principal actividad facilitar de manera específica y masiva la localización de contenidos ofrecidos ilícitamente de manera notoria, en particular en los casos en los que ofrecen listados ordenados y clasificados de enlaces a tales contenidos. Al respecto, el legislador considera que en estos casos se desarrolla una labor

introduciría el apartado 4 del artículo 259 que pasaría a tener la siguiente redacción: “4. *La información obtenida mediante las diligencias de los números 7, 8 y 10 del apartado 1 del artículo 256 se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.*”

⁴²² Vid. artículos veinte, veintiuno y veintidós del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, por el cual se adiciona un nuevo título IV bis al Libro III, integrado por los artículos 158, 158 bis y 158 ter.

activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización de una actividad que constituye una explotación conforme al concepto general de derecho exclusivo de explotación establecido en la normativa de propiedad intelectual.

No obstante lo anterior, el Anteproyecto pretende dejar fuera del ámbito de aplicación a aquellos prestadores que desarrollen actividades de mera intermediación técnica, como es el caso de los motores neutrales de búsqueda de contenidos (el ejemplo más claro lo tenemos con Google), o aquellos prestadores cuya actividad no consista principalmente en facilitar de manera específica la localización de contenidos protegidos ofrecidos ilícitamente de manera notoria, o que meramente enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros.

Por otro lado, se prevé que la Sección Segunda tenga potestad para adoptar las medidas necesarias a fin de interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual, o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

Asimismo, como se indica en el Preámbulo del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se prevé que en caso de incumplimiento reiterado de tales requerimientos de retirada realizados por la Sección Segunda, los prestadores puedan ser sancionados administrativamente.

En todo caso, en su redacción originaria la ejecución de la sanción

administrativa derivada del incumplimiento del requerimiento exigía la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Tras esta reforma las competencias de la Sección Segunda se verían ampliadas significativamente. Las medidas que se incorporan son más detalladas y extensas que las adoptadas por el legislador hasta el momento, con una redacción más concreta.

En lo relativo a la técnica legislativa empleada, el legislador español ha optado por incluir dichas medidas en un precepto nuevo, el artículo 158 *ter*⁴²³ de la Ley de Propiedad Intelectual, en lugar de mantenerlas en el apartado 4 del artículo 158.

Este nuevo artículo 158 *ter* se caracteriza por incorporar un procedimiento cuyo objeto es el *restablecimiento de la legalidad* basado en los principios de celeridad y proporcionalidad,⁴²⁴ ello sin perjuicio de las acciones civiles, penales y

⁴²³ Concretamente, el artículo 158 *ter* es el referido a “*Función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital.*”, según el cual “*1. La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad.*”

⁴²⁴ El procedimiento se contiene en los apartados 2 y 3 del artículo 158 *ter* del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, disponiendo lo siguiente: “*2. El procedimiento de reestablecimiento de la legalidad se dirigirá contra:*

a) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren directamente derechos de propiedad intelectual de forma significativa, atendiendo al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio y a su modelo de negocio.

b) Subsidiariamente, en el caso de que dichos prestadores de servicios no tengan con España vínculos suficientes o cuando concurran otros motivos que impidan la eficaz salvaguarda de los derechos

contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes; además incluye en sus apartados 4 y 5 las extensas facultades que se atribuyen a la Sección Segunda;⁴²⁵ e incorpora, para aquellos casos de incumplimiento reiterado de la

vulnerados, aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que cumplan las siguientes condiciones:

1º. Que vulneren los derechos de forma significativa considerando su nivel de audiencia en España o el volumen obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas cuya localización se facilite.

2º. Que su principal actividad sea la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización.

3º. Que desarrollen una labor activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas de localización, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente. Todo ello con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

4º. Que no se limiten a desarrollar actividades de mera intermediación técnica.

5º. Que, directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o hayan causado o sean susceptibles de causar un daño patrimonial.

3.El procedimiento se iniciará de oficio, siempre a instancia del titular de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o de la persona que tuviera encomendado su ejercicio, debiendo acreditarse en la instancia el previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presuntamente vulnerador solicitando la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, siendo suficiente dirigir dicho requerimiento a la dirección de correo electrónico que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo. Este requerimiento previo podrá considerarse cuando proceda a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, siempre y cuando identifique exactamente la obra o prestación, al titular de los derechos correspondientes y una ubicación exacta donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información. En caso de que el prestador de servicios no facilite dirección de correo electrónico para la comunicación con el mismo no será exigible el intento de requerimiento previsto en este párrafo. El intento de requerimiento se considerará infructuoso si el prestador requerido no contesta o no retira o inhabilita el acceso a los contenidos correspondientes en un plazo de 72 horas desde la recepción del correspondiente requerimiento.

Este procedimiento, que se desarrollará reglamentariamente, estará basado en los principios de celeridad y proporcionalidad y en el mismo serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La falta de resolución en el plazo reglamentariamente establecido producirá la caducidad del procedimiento. Las resoluciones dictadas por la Sección Segunda en este procedimiento ponen fin a la vía administrativa.”

⁴²⁵ Las facultades que se atribuyen a la Sección Segunda vienen contenidas en los apartados 4 y 5 del artículo 158 ter del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil: 4. La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

La Sección Segunda podrá extender las medidas de retirada o interrupción a todas las obras o prestaciones protegidas cuyos derechos representen las personas que hayan participado como interesadas en el procedimiento o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurran hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.

Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará

obligación de retirar los contenidos declarados infractores, la posibilidad de imponer multas entre 30.000 y 300.000 euros a través de un procedimiento administrativo sancionador.⁴²⁶

traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Sección dictará resolución en el plazo máximo de tres días. La interrupción de la prestación del servicio o la retirada voluntaria de las obras y prestaciones no autorizadas pondrá fin al procedimiento.

5. En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración se dará prioridad a aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último recurso, en caso de ser ineficaces las demás medidas al alcance. A estos efectos, en el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo Registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

La falta de colaboración se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En todo caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.”

⁴²⁶ Así viene dispuesto en el apartado 6 del artículo 158 ter reformado por el Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil: “6. *El incumplimiento por dos o más veces de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, emitidos en resoluciones finales adoptadas conforme a lo previsto en el apartado 4 anterior, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información de los descritos en el apartado 2 anterior, constituirá una infracción administrativa grave sancionada con multa entre 30.000 y 300.000 euros. La reanudación por dos o más veces de actividades vulneradoras por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado. Se entenderá por reanudación de la actividad vulneradora el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos. Incurrirán en estas infracciones los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora.*

Cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, la comisión de la infracción podrá llevar aparejada las siguientes consecuencias:

a. La publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado, en el «Boletín Oficial del Estado», en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquella tenga carácter firme, atendiendo a la repercusión social de la infracción cometida y la gravedad del ilícito.

b. El cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año. Para garantizar la efectividad de esta medida, el órgano competente podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, ordenándoles que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. En la adopción de las medidas de colaboración se dará prioridad a aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor, siempre que existan indicios de que puedan ser eficaces. El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet se considerará como medida de último

Por último señalar, que la reforma prevista por el legislador, pretende poner fin al debate planteado en torno a la licitud de la actividad de obtención de copias privadas a través de las descargas de archivos de la Red y su posible consideración de excepción de copia privada, previsto en el apartado 2 del artículo 31 del TRLPI. Para ello, el legislador propone modificar dicho apartado aclarando qué debe entenderse por acceso legal a la copia y desde una fuente lícita dándole la siguiente redacción: “b. *Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:*

1. *Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa comercial.*

2. *Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos.*⁴²⁷

recurso, en caso de estimarse ineficaces las demás medidas al alcance. La falta de colaboración se considerará como infracción de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Cuando las infracciones hubieran sido cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pero cuyos servicios se dirijan específicamente al territorio español, el órgano que hubiera impuesto la correspondiente sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquéllos por un período máximo de un año.

El ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por el procedimiento establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo.

La imposición de las sanciones corresponderá al Secretario de Estado de Cultura, órgano competente a efectos de lo dispuesto en los artículos 35, 36 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio.

El instructor del procedimiento sancionador podrá incorporar al expediente las actuaciones que formasen parte de los procedimientos relacionados tramitados por la Sección Segunda en ejercicio de sus funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual establecidas en el apartado anterior.

⁴²⁷ Vid. artículo primero de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual contenida en el Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, donde se modifica el apartado 2 del artículo 31 y se añade un nuevo apartado 3, con la siguiente

No obstante, como ya se ha apuntado no podemos olvidar que este texto supone un Anteproyecto de Ley susceptible de ser modificado aún, por lo que no se tratan de medidas definitivas. En conclusión habrá que esperar a su redacción final y puesta en práctica para comprobar la eficacia de las medidas adoptadas y a poder efectuar un análisis del resultado del esfuerzo legislativo que está realizando nuestro legislador en esta materia.

5.2 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴²⁸

Otra muestra más del continuo esfuerzo del legislador por sancionar las violaciones a los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, es el reciente Proyecto de Ley Orgánica que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

redacción: “2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

a. Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

(...)

c. Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a. Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.

b. Las bases de datos electrónicas.

c. Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99.”

⁴²⁸ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 4 de octubre de 2013 en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Núm. 66-1.

De nuevo es preciso poner de manifiesto que un estudio detallado de la reforma de los delitos que atentan contra la propiedad intelectual excedería del tema objeto de nuestro estudio. Nuestra finalidad es, pues, simplemente apuntar los rasgos fundamentales de dicho Proyecto de Ley Orgánica exponiendo el conjunto de medidas que se recogen en dicho texto.

En el Preámbulo del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se reconoce que *“la regulación actual de los delitos contra la propiedad intelectual presenta algunas deficiencias que deben ser corregidas”*. Por ese motivo, el legislador ha optado por endurecer y redefinir delitos ya existentes, así como incluir otros nuevos, como ha sucedido con los enlaces de contenidos protegidos, cuya práctica se contempla ahora como un nuevo delito.

En concreto, el Proyecto modifica los artículos 270 y 271⁴²⁹ del Código Penal, ambos referidos a los delitos relativos a la propiedad intelectual. La característica principal de la reforma introducida en dichos preceptos es que en ambos casos el legislador ha pretendido adaptar sus contenidos al nuevo contexto digital y tecnológico, incluyendo términos más acordes a la situación actual.

⁴²⁹ Vid. Artículo 271 del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, según el cual *“Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de 18 a 36 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:*

a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.

b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.

d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.”

Desde esta perspectiva, es el artículo 270.1 el que alude directamente a las prácticas que atentan a los derechos de propiedad intelectual en el entorno de Internet; dicho precepto dispone que: *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, explote económicamente, en especial mediante la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, facilite el acceso o la localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas ilícitamente en Internet, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, siempre que cumplan cumulativamente las siguientes condiciones:

1.º) Participe adquiriendo conocimiento o control de los medios por los que se facilite el acceso o la localización de las obras o prestaciones ofrecidas ilícitamente, en la vulneración de los derechos de forma significativa considerando, entre otros, su nivel de audiencia en España o el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas;

2.º) desarrolle una labor específica de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas tecnológicas, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio;

3.º) no se limite a un tratamiento meramente técnico o automático de los datos facilitados por terceros con los que no mantenga una colaboración, control o

supervisión; y

4.º) actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio a tercero.

*En estos casos, el Juez o Tribunal ordenará la retirada de los contenidos por medio de los cuales se haya cometido la infracción, previa identificación inicial del contenido infractor, su localización y el derecho que infringe. Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo. En estos mismos casos, de manera excepcional, cuando exista reiteración de la conducta tipificada en este número y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.*⁴³⁰

⁴³⁰ Vid. El resto del artículo 270 del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, propuesto es el siguiente “(...) 2. En los supuestos a que se refiere el párrafo primero del número anterior, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

3. Serán castigados con las penas previstas en los dos apartados anteriores, en sus respectivos casos quienes:

a) Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado uno de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.

b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.

d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.

4. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien, con una finalidad comercial, fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier

Del tenor literal de la norma se desprende que en el nuevo texto se tipifican como conductas que atentan contra el derecho de comunicación pública la puesta a disposición del público de contenidos protegidos por derechos de autor, así como el acto de enlazar, permitiendo a los Tribunales ordenar la retirada de los contenidos que infrinjan derechos de propiedad intelectual, la interrupción de la prestación de portales de acceso a Internet o Servicios de la Sociedad de la Información, e incluso ordenar el bloqueo del acceso a ellos.

Por otro lado, se endurecen las penas incluyéndose condenas de prisión, multas económicas, así como inhabilitación de la actividad profesional cuando esté relacionada con la propiedad intelectual; por último, se reconocen además responsabilidades penales a prácticas que venían desarrollándose sin que fueran sancionadas por los tribunales penales; el legislador parece haber tomado conciencia de la necesidad de penalizar dichos comportamientos dada la magnitud que han supuesto y la imposibilidad de controlarlos con los mecanismos existentes hasta el momento.

En términos generales cabe señalar que son cambios sustanciales, que evidencian el interés que en todo momento despierta esta materia para las instituciones. Al respecto la Fiscalía General del Estado en la Memoria Anual de 2013, siguiendo la línea marcada por el legislador penal, propone al Gobierno⁴³¹ introducir en el Código Penal una reforma referida a la protección de los derechos de autor.⁴³²

dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.”

⁴³¹ Conforme al artículo 9 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que habilita al Fiscal General del Estado para proponer en la Memoria anual elevada al Gobierno las reformas que considere oportunas.

⁴³² Vid. Memorias de la Fiscalía General del Estado 2013 www.fiscal.es/Documentos/Memorias-de-la-Fiscal%C3%ADa-General-

El fundamento de dicha sugerencia reside en la afirmación de que la evolución tecnológica ha determinado la generalización de nuevos comportamientos cuya incardinación en alguna de las conductas típicas relacionadas en el citado artículo 270 está generando un importante debate doctrinal y jurisprudencial. Concretamente, se refiere a la actividad que realizan los responsables de las páginas de enlaces, residiendo el problema de su tipicidad, en la dificultad de encajar dichos actos en algunas de las conductas que sanciona el artículo 270 C.P.

Según afirma dicho documento, la actividad que se realiza por los responsables de estas páginas de enlace facilita sin duda la ejecución de las conductas expresamente previstas en el Código Penal y potencia además la posibilidad de llevarlas a efecto y genera a unos y a otros importantes beneficios económicos.

Además, considera que la frecuencia con la que los usuarios de internet utilizan este sistema como medio para la descarga o visionado de obras audiovisuales, está determinando que a través de estos procedimientos se estén causando graves perjuicios tanto a los titulares directos de derechos de propiedad intelectual como a la industria cultural y creativa.

Señala el documento la conveniencia de ampliar las conductas típicas contenidas en el apartado 1 del artículo 270 del Código Penal con el propósito de hacer factible la persecución de este tipo de comportamientos. En concreto, la

Fiscalía General del Estado considera oportuno tipificar la conducta de los responsables de enlaces que faciliten el acceso irregular a contenido protegido sin contar con el permiso o autorización de los titulares de los derechos de autor, proponiendo una nueva redacción del artículo 270: *"Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, facilite el acceso, distribuya o comuniqué públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación artística o ejecución fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios".*

Esta propuesta de la Fiscalía General del Estado ha sido aplaudida por la industria audiovisual, como así se ha puesto de manifiesto tras el comunicado emitido por Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos⁴³³ tras la citada Memoria Anual 2013. En dicho comunicado esta organización manifiesta su apoyo a la propuesta emitida por la Fiscalía respecto a la importancia de sancionar adecuadamente la generalización de conductas ilícitas que, aprovechando la evolución tecnológica, están generando graves perjuicios a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, siendo especialmente preocupante la actividad de las páginas de enlaces a contenidos protegidos.⁴³⁴

⁴³³ La Coalición está integrada por las siguientes organizaciones: la Asociación Española de Editores y Distribuidores de Software de Entretenimiento (ADESE), la Sociedad de Artistas Intérpretes Ejecutantes de España (AIE), la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), la Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual (FAP), la Federación de Distribuidores Cinematográficos (FEDICINE), los Productores de Música de España (PROMUSICAE), la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y la Unión Videográfica Española (UVE).

⁴³⁴ "Las industrias de contenidos no puede dejar de recordar que durante el año 2012 la tasa de piratería alcanzó en España el 86%, con más de 3.050 millones de descargas ocasionando al sector un lucro cesante de 1.221 millones de euros. Además, la piratería en internet impidió la creación de cerca de 25.000 empleos directos y de 124.000 indirectos. como cualquier otra actividad de economía sumergida, el pago de más de 495 millones de euros a la Agencia Tributaria y la Seguridad Social", sobre el informe de la Fiscalía indica que "La Coalición valora igualmente la propuesta de la Fiscalía de reformar la Ley 25/2007 de conservación de datos, para permitir que los órganos competentes e implicados en la protección de los derechos de propiedad intelectual puedan solicitar directamente, sin la necesidad de autorización judicial, los datos conservados por los prestadores de servicios del mismo modo que se hace para otro tipo de vulneraciones de

En definitiva, el legislador español continúa con su labor de configurar las medidas adecuadas y necesarias para proteger eficazmente los derechos de propiedad intelectual, adaptando normas de distinta naturaleza a fin de regular esta materia. Desde estos planteamientos, ha optado, por un lado, por implantar mecanismos en la vía judicial, tanto en la jurisdicción civil como penal, y por otro lado, instaurar procedimientos en la esfera administrativa. No obstante, incidimos que en lo que respecta al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 1/1995 del Código Penal, al igual que sucede con el ya mencionado Anteproyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual antes analizada, nos encontramos con textos que no son más que meras propuestas, susceptibles a cambios y modificaciones, por lo que habrá que estar pendientes de su redacción final para poder determinar el alcance de estas medidas.

derechos. Esta sugerencia debe valorarse de modo muy positivo, puesto que dicha modificación vendría a reparar una situación absolutamente anómala existente en nuestro país que, respecto de la regulación precedente (LSSI y LOPD), introdujo la mencionada Ley 25/2007”.

http://lacoalicion.es/wpcontent/uploads/comunicado_Coalicion.memoria-fiscalia._16_septiembre_2013.pdf.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El derecho de comunicación pública tiene sus primeras manifestaciones a partir de la utilización incorporal de las obras del espíritu a través de la “representación y ejecución pública” de las obras dramáticas y musicales, caracterizados por la inmediatez de la obra con el espectador. A partir de entonces y, más concretamente durante la Ley de 1879 que tuvo una vigencia de más de un siglo, fueron desarrollándose nuevos adelantos, como por ejemplo aparatos de reproducción, fotocopadoras, emisoras sonoras y, por último, la puesta a disposición del público de obras en salas de cine. La difusión de obras cinematográficas supuso el origen a la distinción entre actos de comunicación directa y actos de comunicación indirecta, caracterizados estos últimos por la fijación de la obra en un soporte, pudiendo entenderse como el germen de lo que hoy conocemos derecho de puesta a disposición del público de la obra.

SEGUNDA. En la Ley de 1987 se incorpora por primera vez el concepto de comunicación pública regulado en el artículo 20, entendido como *todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*, incluyendo dos excepciones, esto es, *cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico y que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*. La imprecisión del precepto y la existencia de los intereses contrapuestos entre las entidades de gestión de derechos y los establecimientos hoteleros, abrió un debate sobre si los actos de difusión realizados en las habitaciones de hotel debían entenderse

acogidos por la excepción de “ámbito estrictamente doméstico”. En la actualidad la jurisprudencia ha considerado que se trata de actos de comunicación pública obligados en todo caso a abonar derechos de autor.

TERCERA. La aparición de Internet ha planteado nuevos retos al legislador, ya que este medio de acceso permite que el usuario pueda elegir la obra a la que va acceder y determinar el lugar y el momento temporal de dicho acceso. Ello trajo consigo la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual por la Ley 23/2006, de 7 de julio; dicha reforma añade un nuevo apartado i) al artículo 20 TRLPI que incluye una nueva modalidad de acto de comunicación pública: el derecho de puesta a disposición al público de la obra intelectual, como una modalidad de dicho derecho. Dicha Ley 23/2006 de 7 de julio transpone al ordenamiento español la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos afines en la Sociedad de la Información 2001/29/CE cuya finalidad era armonizar los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.

La principal característica del derecho de puesta a disposición del público reside en la posibilidad de que cualquier persona a través de Internet pueda acceder a las obras o prestaciones relacionadas con los derechos de autor desde el lugar y en el momento que ella misma elijan. Además, permite que la comunicación se realice de forma indirecta a través de la Red sin requerir de la fijación de la obra a un soporte, ni la simultaneidad entre la obra y el espectador, pues el usuario es quien decide cómo y cuándo decide disfrutarla.

CUARTA. Junto a las formas tradicionales de explotación de la obra en el mundo analógico, el nuevo derecho de puesta a disposición ha supuesto el reconocimiento de otros modos de explotación de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital. Dado que las obras intelectuales fijadas en un soporte analógico no pueden ser objeto de explotación mediante este modo de comunicación pública, resulta necesario un acto de digitalización previo de estas

creaciones para que puedan ser explotadas en la Red lo que constituye un acto de reproducción sujeto a lo dispuesto en el artículo 18 del TRLPI.

QUINTA. El ejercicio del derecho de puesta a disposición de la obra en Internet ha desarrollado prácticas como el *P2P*, los *links* y el *streaming* que permiten el acceso a creaciones intelectuales sin necesidad de abonar derechos de autor. La doctrina y la jurisprudencia han debatido de forma amplia la calificación de estas conductas tanto desde la perspectiva del usuario cuando es éste quien pone a disposición la obra en la Red, como de los prestadores de servicios de la información.

En los sistemas *P2P* el usuario realiza dos actos de forma simultánea: descarga la obra, entendido como acto de reproducción; y sube la obra, considerado un acto de puesta a disposición. Respecto al acto de descargar la obra, no existe unanimidad en la doctrina en lo relativo a considerar la obtención de copias a través de las reproducciones como una excepción del derecho de reproducción de copia privada reconocida en el artículo 31 del TRLPI. El centro de debate radica en si el acceso se efectúa de forma legal y si realmente su finalidad es exclusiva para uso privado. Aunque al respecto el legislador con el fin de disipar las posibles dudas realizó una modificación a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, aclarando que la excepción de copia privada no resulta equiparable a las reproducciones o descargas de Internet.

Respecto del acto de *subir* la obra, aún no existiendo dudas de su ilicitud y responsabilidad por suponer un acto de puesta a disposición al público realizado sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor, la mayor dificultad se centra en poder perseguir y demandar a sus autores debido a la complejidad del proceso de identificación de los responsables de la conducta de utilizar plataformas *P2P*.

En cuanto a la posible responsabilidad penal de los *usuarios* de estas plataformas, el sistema español exige la concurrencia de tres requisitos para la

comisión del delito contra la propiedad intelectual: un dolo intencional, la existencia de ánimo de lucro comercial y, finalmente que se cause un perjuicio a tercero. La exigencia de estos presupuestos conlleva que sea difícil condenar a los *usuarios* dado que normalmente comparten archivos con la única finalidad de disfrutar de la creación intelectual ahorrándose el coste del ejemplar original.

SEXTA. En lo relativo a la calificación de las conductas realizadas por los *prestadores de servicios* actualmente puede concluirse que la subida de archivos mediante sistemas *P2P* se considera por la jurisprudencia una actividad legal por considerarse meros intermediarios en la práctica, aunque las últimas medidas adoptadas por el legislador abogan por paralizar y sancionar su actividad. En cuanto a la responsabilidad penal, se exigen los mismos requisitos que a los usuarios, esto es dolo intencional, ánimo de lucro comercial y, que se cause un perjuicio a tercero; en estos casos, aún con cierta dificultad, podemos encontrar jurisprudencia favorable a condenar dichas conductas al considerar acreditados dichos presupuestos.

Con respecto a los actos de puesta a disposición de obras a través de *links*, podemos concluir que tanto un sector de la doctrina como de la jurisprudencia, consideran que son conductas legales siempre que no haya sido el enlazador quien haya puesto a disposición los contenidos protegidos por derechos de autor, desconozca su posible ilicitud y actúe como mero intermediario. En contra existe otra vertiente que califica estas conductas como ilícitos civiles al considerar que los enlaces son claros actos de puesta a disposición al público. En el ámbito penal dada la dificultad que plantea probar la intencionalidad y el efectivo conocimiento de la ilicitud de los contenidos por los titulares de las Webs, a través de las cuales se realizan los actos de enlazar, éstos son considerados en muchos casos como meros intermediarios y, en aplicación del principio de “intervención penal mínima”, son escasas las sentencias que condenan dicha actividad.

Por último, el denominado *streaming*, al considerarse un acto de puesta a disposición del público de la obra según pronunciamiento de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 7 de marzo de 2013, será ilegal siempre y cuando se vulneren los derechos de explotación de la obra. Igualmente, para que pueda ser calificada como actos ilícitos penales deben de acreditarse la existencia de los presupuestos de dolo intencional, ánimo de lucro comercial y, que se cause un perjuicio a tercero.

SEPTIMA. El artículo 17 del TRLPI atribuye al autor el monopolio en la explotación de la obra y exige su autorización para el ejercicio de los derechos de explotación; éstos son los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Dicha situación de monopolio comprende también la explotación de la obra en Internet, especialmente el derecho de puesta a disposición al público de la obra. Las prácticas desarrolladas en el mundo digital como *P2P*, *links* y el *streaming* han amenazado directamente al monopolio del derecho de autor.

Con el fin de ampliar la tutela de los derechos de explotación en el entorno digital, el legislador tras la Ley 23/2006 de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual incorpora medidas de protección tecnológica, que han permitido al creador o titular del derecho controlar mejor la creación así como su explotación. No obstante, dichas medidas tecnológicas seguían siendo insuficientes para proteger los derechos patrimoniales.

OCTAVA. El ordenamiento jurídico español dispone actualmente tres cauces de protección del monopolio de los derechos de autor, que son la vía civil, penal y administrativa.

Las acciones judiciales civiles están contempladas en el artículo 138 TRLPI; Entre ellas destacan las medidas cautelares destinadas a aquellos casos en los que se considere necesario una protección inmediata ante la situación de peligro de los derechos de propiedad intelectual; y la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral cuyo objetivo es disuadir a los futuros infractores y concienciar a la sociedad del problema que supone dichas conductas.

Junto a las medidas específicamente contempladas en la legislación de propiedad intelectual la protección de los derechos de autor en el ámbito civil también se articula a través de las acciones previstas en el Código Civil como son por ejemplo la acción reivindicatoria y declarativa de dominio, acciones derivadas de los contratos efectuados, interdictos, acción de enriquecimiento injusto, acción de jactancia y las tercerías de dominio.

Sin embargo, generalmente el resultado de estas acciones en el entorno digital es infructuoso debido a la dificultad de identificar a los responsables de la infracción, requisito imprescindible para poder iniciar la acción.

NOVENA. El cauce judicial penal queda reservado para aquellas conductas que revisten de especial gravedad. En el Código Penal, los tipos penales referidos a los derechos de propiedad intelectual vienen recogidos en los artículos 270 a 272. Las infracciones cometidas a los derechos de autor sólo son perseguibles penalmente cuando se demuestre la existencia de dolo, ánimo de lucro y perjuicio a tercero.

La identificación de la noción de lucro con el beneficio comercial ha hecho inviable en la práctica la condena penal de las conductas de puesta a disposición del público de las obras protegidas por derechos de autor en Internet, dado que habitualmente no concurre en el acceso a la obra a través de Internet.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre ha transformado los delitos contra la propiedad intelectual en delitos públicos, reforzándose así la protección de estos derechos.

DECIMA. La insuficiencia de las medidas existentes conllevó la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual a través de la Disposición Final Cuadragésima Tercera contenida en la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo de 2011. El objetivo de esta Disposición es salvaguardar los derechos de propiedad intelectual configurando para ello un tercer cauce de tutela de estos derechos a través de la vía administrativa. Con esta reforma se modifica el artículo 158 del TRLPI, a través del cual crea una Sección Segunda dentro de la Comisión de Propiedad Intelectual. Dicha Sección ostenta la facultad de ordenar la retirada de contenidos en Internet y la interrupción de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual. Dichas medidas pueden ser adoptadas en el curso de un procedimiento administrativo que persigue a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que violen los derechos de explotación. Sin embargo, no se sanciona a los usuarios de estos servicios interactivos.

UNDECIMA.- El resultado obtenido desde su aplicación en diciembre del 2011 dista mucho de ser favorable. Por este motivo, el legislador español ha abordado una nueva reforma de esta materia tanto desde una perspectiva penal como civil. La primera mediante la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la segunda mediante el Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que refuercen la protección del monopolio de los derechos de autor. Dichas reformas legales nos ponen de manifiesto que la tensión entre los derechos de autor y el

acceso a la cultura de los ciudadanos continua siendo, al día de hoy, un problema inconcluso.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

STC de 31 de marzo de 1982

STC de 17 de enero de 2002

Tribunal Supremo

STS de 12 de febrero de 1946

STS de 24 de junio de 1964

STS de 15 de diciembre de 1969

STS de 12 de junio de 1976

STS de 14 de octubre de 1983

STS de 14 de octubre de 1983

STS de 11 de diciembre de 1986

STS de 17 de noviembre de 1986

STS de 13 de junio de 1987

STS de 21 de abril de 1989

STS de 19 de julio de 1989

STS de 3 de junio de 1991

STS de 20 de febrero de 1992

STS de 24 de marzo de 1992

STS de 4 de junio de 1992

STS de 26 septiembre de 1992

STS de 26 de noviembre de 1993

STS de 14 de diciembre de 1993
STS de 19 julio 1993
STS de 28 de enero de 1995
STS de 29 de junio de 1995
STS de 7 de junio de 1995
STS de 11 de marzo de 1996
STS de 17 de octubre de 1997
STS de 20 de noviembre de 1997
STS de 28 de enero de 1998
STS de 4 de febrero de 1998
STS de 23 de marzo de 1999
STS de 27 de septiembre de 1999
STS de 15 de julio de 2002
STS de 24 de septiembre de 2002
STS de 21 de diciembre de 2002
STS de 31 de enero de 2003
STS de 10 de mayo de 2003
STS de 21 de julio de 2006
STS de 7 de diciembre de 2006
STS de 16 de abril de 2007
STS de 15 de enero de 2008
STS de 10 de julio de 2008
STS de 18 de diciembre de 2008
STS de 26 de enero de 2009
STS de 18 de febrero de 2009
STS de 9 de diciembre de 2009
STS de 18 de mayo de 2010
STS de 10 de febrero de 2011
STS de 31 de mayo de 2013

Audiencias Provinciales

Auto AP de Alicante, de 18 de febrero de 2010
Auto AP de Madrid, de 11 septiembre 2008
Auto AP de Madrid, de 15 de marzo de 2011
SAP de A Coruña, de 7 de febrero de 2002
SAP de A Coruña, de 23 de junio de 2004
SAP de A Coruña, de 13 de octubre de 2010
SAP de Álava, de 3 de febrero de 2012
SAP de Albacete, de 20 de julio de 2004
SAP de Baleares, de 25 de septiembre de 1997
SAP de Barcelona, de 27 de junio de 2002
SAP de Barcelona, de 24 de febrero de 2011
SAP de Barcelona, de 7 de julio de 2011
SAP de Cantabria, de 18 de febrero 2008
SAP de Cantabria, de 8 de junio de 2010
SAP de Ciudad Real, de 4 enero de 2011
SAP de Guipúzcoa, de 27 de abril de 2004
SAP de Huelva, de 1 de septiembre de 2010
SAP de Madrid, de 5 de mayo de 1993
SAP de Madrid, de 2 de noviembre de 1995
SAP de Madrid, de 27 de abril de 2010
SAP de Madrid, de 11 de mayo de 2010
SAP de Madrid, de 30 de junio de 2011
SAP de Madrid, de 8 de marzo de 2011
SAP de Madrid, de 15 de marzo de 2011
SAP de Navarra, de 22 de abril de 2004
SAP de Oviedo, de 28 de mayo de 1992
SAP de Palencia, de 29 de noviembre de 2002
SAP de Pontevedra de 13 de febrero de 1996
SAP de Soria de 21 de marzo de 1995
SAP de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2011

Juzgados

AJ de Instrucción nº1 de Madrid, de 19 de marzo de 2008
AJ de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de 13 de junio de 2006
AJ de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 2 de julio de 2009
SJ de Instrucción nº 4 de Madrid, de 20 de diciembre de 2006
SJ de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 25 noviembre de 2011
SJ de lo Mercantil nº 6 de Barcelona, de 22 de abril de 2010
SJ de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 9 de marzo de 2010
SJ de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010
SJ de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010
SJ de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010
SJ de lo Penal nº 1 de Logroño, de 25 de noviembre de 2008
SJ de lo Penal nº 2 de Vigo, de 26 de enero de 2010
SJ de lo Penal nº 2 de Vitoria, de 15 de abril de 2011
SJ de lo Penal nº 3 de Santander, de 14 de julio de 2006
SJ de lo Penal nº 3 de Santander, de 14 de julio de 2006
SJ de lo Penal nº 3 de Santander de 14 de julio de 2006

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 28 de abril de 2005
STJCE de 7 de diciembre de 2006
STJCE de 29 de enero de 2008
STJCE de 7 de marzo de 2013

Tribunales internacionales

Sentencia del Tribunal Federal de Distrito del Norte de California, de 26 de julio de 2000
Sentencia del Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito, de 12 de febrero de 2001

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Aspectos jurídicos de las descargas de música en INTERNET”, en *Nuevos retos para la propiedad intelectual. II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a*. A Coruña, 2008

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La comunicación pública y los establecimientos hoteleros: el deber de pagar derechos de autor”, dentro de la obra *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid. 2008.

ÁLVAREZ ROMERO, C.J., *El derecho de propiedad intelectual: su temporalidad*, en Estudios de Derecho Civil, en honor del Profesor José Castán Tobeñas. Pamplona, 1969

ÁLVAREZ ROMERO, C.J., *Significado de la publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España/Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1969

ANTEQUERA PARILLI, R. *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid, 2007

ÁVILA ÁLVAREZ, A.M., “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (Ulpiano)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 816/2011. Pamplona, 2011

AYLLÓN SANTIAGO, H.S., *El derecho de comunicación pública directa*. Reus, 2011

BALBUENA, P.V., “El plagio como ilícito penal”, en *Revista Electrónica venanalegal.com*.

BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de Propiedad Intelectual*. Madrid, 2010

BAYLOS CORROZA, H., "Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987

BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*. Madrid, 1978

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y otros, *Las reformas de la Ley de propiedad intelectual*. Valencia, 2006

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.) *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia, 2003

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2002", en *Cuaderno Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 60, 2002.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Comentario de la STS de 11 de marzo de 1996", en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, , núm. 41, 1996

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "El "live streaming" es comunicación pública." *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2013. Pamplona, 2013

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La guerra del P2P", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 20/2007, Pamplona. 2007.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La Ley Sinde." *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2011. Pamplona, 2011

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las desgracias del canon." en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2011. Pamplona, 2011

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Propiedad Intelectual", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* vol. I. Pamplona, 1996

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura. Madrid, 1996

BONDIA ROMAN, F., *La propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información: (la nueva ley de 11 de noviembre de 1987)*, Madrid, 1988

BUGANZA, C., *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. Barcelona, 2007

CARBAJO CASCÓN, F., "Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en Internet", *Revista de Internet, Derecho y Política*. núm.15. Noviembre, 2012.

CARBAJO GONZÁLEZ, J., "La nueva regulación en materia de propiedad intelectual", *A.C.*, núm.38, 1989

CARMONA SALGADO, C., *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, 1988

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La propiedad intelectual en el Derecho internacional privado español*. Granada, 1994

CASAS VALLÉS, R. y XALABARDER, R., *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Coord. PEGUERA POCH, M., 1ª ed. Aranzadi. 2010

CHICO ORTIZ, J.M., "Principios y problemas de la Propiedad Intelectual", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984

CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid, 1929

COLOMBET, C., *Grandes principios del Derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de Derecho comparado*, traducción de Petite Almeida, Ediciones UNESCO/CINDOC. Madrid, 1997

DANVILA Y COLLADO, M., *La propiedad intelectual: legislación española y extranjera comentada, concordada y explicada según la historia, la filosofía, la jurisprudencia y los tratados*, Imprenta de la correspondencia de España. Madrid, 1882

DE LA CUEVA, J., "Internet y derechos de autor", *El Notario del siglo XXI*, núm. 29. enero-febrero, 2010

DE LA IGLESIA PRADOS, E., "Televisión en habitaciones de hoteles. Comunicación pública y derechos de autor: un posible cambio jurisprudencial. Comentario a la STS de 24 de septiembre 2002", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003

DE NOVA LABIAN, A.J., *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet*. Madrid, 2010

DE NOVA LABIÁN, A.J., *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital. Análisis práctico de las principales conductas vulneradoras de los derechos de autor*. Barcelona, 2010

DE URBANO CASTRILLO, E., "Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010" en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 9/2011. Pamplona, 2011

DEL CORRAL BELTRÁN, M., "Bases de datos y propiedad intelectual", en *Boletín de Derecho de Autor*, núm. 4, 1983

DESBOIS, H, *Le droit d'auteur en France*. París, 1966

DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I, *Las reformas de la propiedad intelectual de 2006*, incorporado a la obra *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid, 2008

DURÁN RIVACOBIA, R., "La protección de la propiedad intelectual de la sociedad de la información y del comercio electrónico", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 2/2011. Pamplona, 2011

DURÁN RIVACOBIA, R., "La protección de la Propiedad Intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico (a propósito de la Ley Sinde)", en *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, núm. 2, 2011

ERDONZAIN, J.C., *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Ed. Tecnos. Madrid, 2002

ERDONZAIN, J.C., *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor*, Aranzadi. Pamplona, 1997

FALCON Y TELLA, R., La incompatibilidad del canon digital con la Directiva 2001/29/CE: las conclusiones de la Abogada General Trstenjak en el asunto SGAE/Padawan. *Revista Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 11/2010. Pamplona, 2010

FALCÓN, M, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, 3ª ed., tomo II. Barcelona, 1888

FARRÉ LÓPEZ, P., "La defensa del derecho de propiedad intelectual frente a la piratería", en *El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual* coord. por Agustín Macías Castillo, Miguel Ángel Hernández Robledo, 2008

FERNÁNDEZ-NOVOA, C., "El Derecho Moral de los autores" *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, T. XII, 1987-88

FERNÁNDEZ-SHAW, F., Derechos de autor en la radiodifusión española, *Anuario de Derecho Civil*, núm. XXVIII, 1975

FORNS, J., “Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura”, *Anuario de Derecho Civil*, julio – septiembre, 1951

FRANCO VÁZQUEZ, C. y VIDAL PORTEBALES, I., “Imágenes en la Web y derecho de autor”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm.28 2007-2008

GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I., *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual*, Granada, 2005

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm.6, septiembre-diciembre, 2000

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El Derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada, 2001

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., y GONZÁLEZ GONZALO, A., “La protección de las páginas y sitios web a través de la propiedad intelectual.” *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 8, mayo-agosto, 2001

GAY FUENTES, C., “La Propiedad Intelectual en el entorno digital”, en *FA*, Documento de trabajo núm. 82/2006. 2006

GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “La propuesta de directiva sobre determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a la Sociedad de la Información”, en *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, coordinado por ROGEL VIDE, C., Madrid, 1999

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., “La propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información” *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 2, 1999

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J.J., “Napster copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en internet”, *Revista de Propiedad Intelectual*, 2000/6. 2000

GUAL DE SOJO, A., "La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico". *Revista Jurídica de Cataluña*. núm. 4, 1988

JIMÉNEZ BAYO, J., y RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., "Valor jurídico de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de la obra manuscrita", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1951

LACRUZ BERDEJO, J.L. en *Elementos de Derecho civil*, III, volumen 1.º, 3.º parte. Barcelona, 1990

LACRUZ MANTECÓN, M. L., "Aventuras y desventuras en el país de internet," en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2001/1. 2001

LACRUZ MANTECÓN, M.L., "*Las máquinas de entretener o cómo se hace el Derecho de autor*". En Propiedad Intelectual, Derechos fundamentales y propiedad industrial. Madrid, 2005

LASARTE, C., "Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor", *Diario La Ley*, núm. 6951, 2008

LÓPEZ QUIROGA, J., voz "propiedad intelectual", en Enciclopedia Jurídica Española, Barcelona, Tomo XXV. 1910

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La transformación de la obra intelectual*. Universidad de Alicante, 2008

MACÍAS CASTILLO, A., "Cambio de la doctrina jurisprudencial existente en torno al concepto de comunicación pública de las obras audiovisuales", en *Actualidad Civil*, núm.16, 2007

MARCO MOLINA, J., "Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, 1994

MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*. Madrid, 1995

MARQUEZ LOBILLO, P., "Prestadores de servicios de intermediación: Algunas especialidades de su estatuto jurídico", *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 88, Diciembre 2007

MASSAGUER FUENTES, J., "La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y a los derechos conexos en el ámbito digital" *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 13. enero-abril, 2003

MASSAGUER y SALELLES, "El Derecho de la Propiedad Intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas". *Revista General de Derecho*, Septiembre, 1997

MATA Y MARTIN, R, "Propiedad Intelectual Digital: responsabilidad penal." *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológica s.* Vol. 28, núm. 85. 2007

MOISÉS BARRIO, A., "Criminalidad e Internet: Retos del Siglo XXI", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 15/2003 SA, Pamplona, 2003

MOLAS VALVERDE, J., en *Propiedad Intelectual. Suma jurídica para la práctica forense*, Barcelona, 1962

MORALES PRATS, F., "La investigación del ciberdelito (II)", *Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 102, Madrid, 2006

MORÓN LERMA, E., "La infracción de los Derechos de Propiedad Intelectual en el medio digital: aspectos penales.", en *Revista de Aranzadi de Derecho Patrimonial* núm. 23, 2009

ORTEGA DÍAZ, F., *Los enlaces en Internet: propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de prestadores*. Navarra. 2006

PEGUERA POCH, M., "Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P", *Diario La Ley*, núm. 7462, 7 de septiembre de 2010

PÉREZ DE CASTRO, N., "El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho de autor al respeto de la obra", en *Actualidad Civil.*, núm. 4, semana de 19/25 de enero de 1987

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "Aproximación al significado de la expresión "ámbito estrictamente doméstico" en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública", *Revista de Propiedad Intelectual*. núm.12. 2002

PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "Comentario a la sentencia de 19 de julio de 1993" en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, 1993

PLAZA PENADÉS, J., "La Propuesta de Directiva de Derechos de autor y Derechos afines a la sociedad de la información", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000

PLAZA PENADÉS, J., "La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información", en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 12, 2006

PLAZA PENADÉS, J., "Propiedad intelectual y sociedad de la información. La Directiva Comunitaria", *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 45/2001, Pamplona. 2001

PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Valencia, 1997

PULIDO WUREDO, M., "Los vaivenes jurisprudenciales del TS en materia de propiedad intelectual. Caso SGSE c. Hotel Taurito Princess", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 579, 2003

QUINTANO RIPOLLES, R., *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, 1978

RAMÍREZ SILVA, P., "Webs de enlaces y propiedad intelectual", *InDret*, 2/2012. 2012

RAMOS SUÁREZ, F. "Descarga y distribución de música a través de Internet", en *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 85, 2007

RAMOS SUAREZ, F., "Legalidad o ilegalidad de los Programas o Software de búsquedas de archivos de música en Internet", *Revista de Derecho Informático*, núm. 52, noviembre, 2002

RIVERO HERNÁNDEZ, F, Comentario de la Sección "Derechos de explotación" de la LPI de 1987, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, 1989

RIVERO HERNANDEZ, F. "Comentarios al art. 20", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, 1989

RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales, en *Revista de Derecho Privado*. 1969

RODRÍGUEZ PARDO, J., *El Derecho de autor en la obra multimedia*, Universidad de Extremadura, 2003

RODRIGUEZ PORTUGUES, M., *La tutela Administrativa de la Propiedad Intelectual en la Sociedad de la Información*. Madrid. 2013

RODRIGUEZ TAPIA, J. M., Siete Derechos en busca de Autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, en *Anuario de Derecho Civil*, 1988

RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N. "Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 17-2007. 2007

ROGEL VIDE, C. Y OTROS, "Nuevas tecnologías y Propiedad Intelectual", Madrid, 1999

RUBIO TORRANO, E., "Habitaciones de hotel con televisor y comunicación pública: nuevo Criterio Jurisprudencial", en *Aranzadi Civil*, núm. 6/ 2003

SÁNCHEZ ARISTI, R., "Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales." *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2012. 2012

SERRANO ALONSO, E. , "Sugerencias para una reforma del derecho de autor", *Actualidad Civil*. núm. 2, 1986

SERRANO CAÑAS, J.M., "La transposición de la Directiva 2001/29/CE. Una visión comparada" en *Nuevos retos para la propiedad intelectual. II Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a*. A Coruña. 2008

SERRANO GÓMEZ, E. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, 2000

SERRANO GÓMEZ, E., "Napster y la propiedad intelectual ¿Una relación imposible?", en *Actualidad Civil*, 2001/31. 2001

SOLA PASCUAL, A., "Aparatos de televisión en habitaciones de hotel. ¿Público doméstico a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual? Comentario a la Sentencia del TS, de 24 de septiembre de 2002", en *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 46. 2002

VALPUESTA GASTAMIZA, E., *Cuadernos Prácticos Bolonia. Derechos Reales. Cuaderno IV. Propiedades especiales*. Pérez de Ontiveros Baquero, C., (coord.) Madrid. 2010

VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, Madrid, 1990

YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MAÍZ, V., "La televisión en las habitaciones

de los hoteles: la historia interminable (con sus etapas ocultas)." en *Diario La Ley*. Año XXIV, núm. 5901. 2003

YZQUIERDO TOLSADA, M., "Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 1988

